Die rechtliche Natur und Bedeutung der Grundrechte

mit besonderer Berücksichtigung der staatsrechtlichen Verhältnisse im Königreich Griechenland.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

vorgelegt von

Theodor Choidas

aus Piraeus (Griechenland).

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1914.

Carissimi et amantissimi patris
piis manibus
filius memor.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erstes Kapitel.

Geschichtliche Einführung.

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Altertum und Mittelalter 1
§ 3. England 3
§ 4. Nordamerikanische Kolonien 5
§ 5. Frankreich 8
§ 6. Die Entwicklung in den anderen Staaten 12

Zweites Kapitel.

Die rechtliche Natur der Grundrechte.

§ 7. Der Kreis der grundrechtlichen Normen 14
§ 8. Die Grundlagen 15
§ 9. Das subjektive öffentliche Recht 17
§ 10. Die Grundrechte als subjektive Rechte 21
§ 11. Der Anspruch auf Unterlassung 26
§ 12. Der Anspruch auf Anerkennung 33
§ 13. Der Anspruch auf Beseitigung 36
§ 14. Die Grundrechte als objektive Rechtsnormen 39

Drittes Kapitel.

Die rechtliche Bedeutung der Grundrechte.

§ 15. Allgemeines 41
§ 16. Der Begriff des Grundgesetzes 42
§ 17. Die Verfassungsgrundrechte und ihre Bedeutung 43

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547001_0015

Literaturverzeichnis.

Annalen des Deutschen Reichs, s. unten bei Kormann.

Anschütz, G., Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat v. 31. 1. 1850. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis. Bd. 1. 1912.

Anschütz, G., Grundzüge des deutschen Staatsrechts. In Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaften Bd. 2 6. Aufl. 1903/04.

Anschütz, G., Justiz und Verwaltung. In der Systematischen Rechtswissenschaft (Kultur der Gegenwart, herausgegeben von Hinneberg) 1906.

Archiv für öffentliches Recht, s. unten bei Laband und Otto Mayer.

Blüher, Zur Feststellungsklage in der Verwaltungsrechtspflege. In den Jahrbüchern des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts Bd. 16.

Bornhak, Preußisches Staatsrecht. Bd. 1. 2. Aufl. 1911.

Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung. 1905.

Dantscher von Kollesberg, Die politischen Rechte der Untertanen. In 3 Lieferungen 1888—1894.

Delius, Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reichs und der Bundesstaaten. 2. Aufl. 1909 (mit Nachtrag 1910).

Δεμερτζῆς, Εὐθύνη τοῦ κράτους ἐκ τῶν παρανόμων πράξεων καί παραλείψεων τῶν ὑπαλλήλων. 2. Aufl. Athen 1908.

Dernburg, System des römischen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl., herausgegeben von Sokolowski. 1911.

Dicey, Introduction to the study of the law of the constitution. 4th ed. London 1894.

Duguit-Monnier, Les constitutions et les principales lois politiques de la Françe depuis 1789. Paris 1898.

Δνοβουνιώτης, Ἑλληνικά συντάγματα. Athen 1901.

Eckhardt, Die Grundrechte vom Wiener Kongreß bis zur Gegenwart, ein Beitrag zur deutschen Verfassungsgeschichte. In den Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht von Brie und Fleischmann, Heft 30, 1913.

Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. 1906.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Abt. 1 und 2. 6.—8. Aufl. 1911/12.

Errera, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien. Im Öffentlichen Recht der Gegenwart, herausgegeben von G. Jellinek, Laband und Piloty, Bd. 7, 1909.

Esmein, Eléments de droit constitutionnel français et comparé. 3me éd. 1903.

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 1911.

Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Im Öffentl. Recht der Gegenwart Bd. 12, 1911.

Frisch, Das Fremdenrecht, die staatsrechtliche Stellung der Fremden. 1910.

v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. 3. Aufl. 1880.

v. Gerber, Über öffentliche Rechte. 1852.

Gierke im Jahrbuch für Gesetzgebung usw., herausgegeben von Schmoller, Bd. 7, 1883, S. 1132 ff.

Giese, Die Grundrechte. In den Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgegeben von Zorn und Stier-Somlo, 1905.

Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, s. unten bei Tezner.

Haegermann, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte in den ersten amerikanischen Staatsverfassungen. 1910.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechtes. Teil 1. 1912.

v. Herrnritt, Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung. In den Wiener staatswissenschaftlichen Studien, herausgegeben von E. Bernatzik und Philippovich, 1901.

Historische Zeitschrift, s. unten bei Troeltsch und Wahl.

Jahrbuch für Gesetzgebung usw., s. oben bei Gierke.

Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts, s. oben bei Blüher.

Jellinek, Georg, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte. In den Staats- und völkerrechtlichen Abhandlungen von G. Jellinek und G. Meyer, 2. Aufl. 1904.

Jellinek, Georg, Gesetz und Verordnung. 1887.

Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl. 1905.

Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.

v. Jhering, Geist des römischen Rechts. Bd. 3. 3. Aufl. 1877.

Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 1911.

Klövekorn, Die Entstehung der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. 1911.

Klüber, Öffentliches Recht des teutschen Bundes und der Bundesstaaten. Abt. 1. 3. Aufl. 1831.

Kormann, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts. In den Annalen des Deutschen Reichs 1911/12.

Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.

Κυριακοῦ, Ἑρμηνεία τοῦ ἑλληνικοῦ συντάγματος. Bd. 1. Athen 1904.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Bd. 1 5. Aufl. 1911, Bd. 3 4. Aufl. 1901.

Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht. Im Öffentlichen Recht der Gegenwart Bd. 1 6. Aufl. 1912.

Laband im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 19 S. 614ff.

Lebon, Das Verfassungsrecht der französischen Republik. Im öffentlichen Recht der Gegenwart Bd. 6, 1909.

Loening, E., Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1884.

Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts. 3. Aufl. 1847.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 1 u. 2. 1895/96.

Mayer, Otto, Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen. Im öffentlichen Recht der Gegenwart Bd. 9, 1909.

Mayer, Otto, Die Entschädigungspflicht des Staats nach Billigkeitsrecht. 1904.

Mayer, Otto, Artikel: Entschädigungspflicht des Staats. In v. Stengels Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, herausgegeben von Fleischmann, Bd. 1, 1911.

Mayer, Otto, im Archiv für öffentliches Recht Bd. 18 S. 96ff.

Merkel, A., Juristische Enzyklopädie. 4. Aufl. 1909.

Meyer, Georg, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 6. Aufl., herausgegeben von Anschütz. 1905.

Redslob, Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789. 1912.

v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. Bd. 2 4. Aufl. 1882, Bd. 1 u. 2 5. Aufl., bearbeitet von Zorn, 1899. 1906.

Saripolos, N. N., Das Staatsrecht des Königreichs Griechenland. Im Öffentlichen Recht der Gegenwart, Bd. 8, 1909.

Σαρίπολος, Ἑλληνικὸν συνταγματικὸν δίκαιον. Bd. 1 u. 2. Athen 1911/12.

Σαρίπολος, Μελέται περὶ δημοσίων ὑπαλλήλων. Athen 1906.

Σαρίπολος, Περὶ τῶν ὁρίων τοῦ καθήκοντος ὑπακοῆς τῶν δημοσίων ὑπαλλήλων εἰς τὰς προϊσταμένας ἀρχὰς. Athen 1908.

Schmidt, Richard, Prozeßrecht und Staatsrecht. In den Freiburger Abhandlungen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, herausgegeben von v. Rohland, Rosin, Schmidt, Heft 2, 1904.

v. Schulze, Das preußische Staatsrecht. Bd. 1. 2. Aufl. 1888.

v. Seydel, Bayrisches Staatsrecht. Bd. 1. 2. Aufl. 1896.

v. Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1886.

v. Stengel, Artikel: Öffentliche Rechte und öffentliche Pflichten. In seinem Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts Bd. 2.

Tezner, Kritik zu Jellineks System der subjektiven öffentlichen Rechte. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht Bd. 21.

Troeltsch, Ernst, Die Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt. In der Historischen Zeitschrift Bd. 97, 1906, S. 1ff.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. 5. Aufl. 1892.

Vogel, Das Staatsrecht des Königreichs Bayern. In Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts, 1884.

Wach, Der Feststellungsanspruch. 1889.

Wahl, Adalbert, Politische Ansichten des offiziellen Frankreich im 18. Jahrhundert. 1903.

Wahl, Adalbert, Zur Geschichte der Menschenrechte. In der Historischen Zeitschrift Bd. 103, 1909, S. 79 ff.

Wilamowitz v. Moellendorff und Niese, Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer. In der Kultur der Gegenwart, herausgegeben von Hinneberg, 1910.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., herausgegeben von Kipp. 1906.

Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, s. oben bei Otto Mayer und Stengel.

Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht, herausgegeben von Kohler und Oppenheim, Bd. 6, 1913.

Zoepfl, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts. Teil 1 4. Aufl. 1855, Teil 2 4. Aufl. 1856.

Zorn, Philipp, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Bd. 1. 1880.

Erstes Kapitel.

Geschichtliche Einführung.

§ 1.

Einleitung.

Wenn wir in den folgenden Zeilen in großen Umrissen die geschichtliche Entwicklung der Grundrechte zu schildern versuchen, so geschieht dies aus der Erwägung, daß auch die Grundrechte, wie unsere ganze Gegenwart, als etwas geschichtlich Gewordenes, nur durch die Kenntnis ihrer Geschichte richtig zu verstehen und zu würdigen sind.

Die historische Seite der Grundrechte ist gerade in den letzten Jahren seit dem Erscheinen der Schrift Jellineks über die Menschen- und Bürgerrechte[1]) viel behandelt worden. So vieles aber auch durch die verschiedenen Arbeiten geklärt wurde, so harren immer noch viele Einzelfragen der wissenschaftlichen Bearbeitung. Auf alle diese Einzelprobleme an dieser Stelle einzugehen, ist nicht möglich und auch nicht notwendig. Für unsere Zwecke wird eine kurze, lediglich das Allerwichtigste aus den bisher erzielten Ergebnissen hervorhebende Übersicht vollkommen genügen.

§ 2.

Altertum und Mittelalter.

I. Die rechtliche Stellung des Individuums im althellenischen Staate zuerst richtig bezeichnet zu haben, ist das Verdienst Jellineks.[1]) Er wies die herrschende Lehre zurück, welche

[1]) 1. Aufl. 1895, 2. Aufl. 1904.

[1]) Staatslehre S. 285 ff.; vgl. auch Wilamowitz-Moellendorff und Niese, Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer S. 113 ff.

den Untertan im allmächtigen Staate gänzlich aufgehen ließ, und zeigte, daß diese Auffassung lediglich für spartanische Verhältnisse und den Ausgangspunkt der Geschichte der anderen Staaten zutrifft.

Der athenische Staat beherrscht nur in der ersten Stufe seiner Entwicklung, und zwar aus religiösen Gründen, das ganze individuelle Leben. Schon seit den Perserkriegen beginnt aber unter dem Einflusse sophistischer Lehren die individuelle Freiheitssphäre sich immer mehr zu vergrößern, so daß schließlich zur Zeit Perikles das Individuum sowohl in rechtlicher als in sozialer Hinsicht die vollste Freiheit, welche es je gegeben hat, genoß.

Diese Freiheit ist aber rein faktischer Natur; sie war sozusagen für die damaligen Verhältnisse selbstverständlich. „Zum Bewußtsein des rechtlichen Charakters dieser Freiheit ist es im Altertum nicht gekommen." Denn dieses ist bedingt „durch das Bewußtsein von einem Gegensatz des Individuums zum Staate. Das hat aber dem hellenischen Denken notwendig gemangelt, und als der Individualismus der späteren Zeit das Gefühl dieses Gegensatzes hätte erwecken können, da war die Selbständigkeit der griechischen Staaten dahin".[2])

II. Auch in Rom[3]) hat es ebenso wie in Griechenland an der klaren juristischen Erfassung des individuellen Rechtskreises gemangelt. Alle Freiheit, welche der einzelne besaß, war nur tatsächlich vorhanden. Rechtlich war man unbedingt der Volksversammlung unterworfen. Diese Anschauung wurzelte so tief, daß später, als das imperium des Volkes durch die leges regiae den Konsuln und Kaisern übertragen wurde, kein Widerspruch gegen ihr absolutistisches, die Freiheit immer mehr bis zu ihrer gänzlichen Vernichtung einengendes Regiment erhoben werden konnte. So wurde es denn möglich, daß auf römischem Boden allmählich der Gedanke der absoluten Gewalt des Fürsten sich entwickelte, welcher später eine bedeutende Rolle in der Geschichte des modernen Staates zu spielen berufen war.

---

[2]) Jellinek, Staatslehre S. 300.
[3]) Jellinek, Staatslehre S. 305ff.

III. Während im Altertum der Staat streng einheitlich gedacht wurde, beherrscht das ganze Mittelalter[4]) der tiefe Gegensatz zwischen Fürst und Volk. Einen Platz für Freiheitsrechte kann es dabei nicht geben; es liegt ja im Wesen dieses altgermanischen Gegensatzes, daß das Individuum von Haus aus mit Rechten ausgestattet gedacht ist, in welche der Fürst nicht einzugreifen befugt ist.

Aber nicht nur dadurch wurde die Gewalt des Fürsten eingeschränkt. Seit dem Anfang des Mittelalters steht die mächtige Kirche den vielen jungen Staaten gegenüber und nimmt das ganze geistige Leben für sich in Anspruch.

Der Kampf zwischen diesen Mächten beginnt schon in der zweiten Hälfte des Mittelalters unter dem Einflusse des romanistisch-kanonistischen Gedankens von der Staatsallmacht sich zugunsten des Fürsten zu entscheiden. Die Kirche verliert mit der Reformation den größten Teil ihrer Macht und der Kreis der Rechte des Fürsten wächst ständig auf Kosten der Rechte der Untertanen. So entsteht denn schließlich der absolutistische Staat, in welchem die ganze Gewalt in den Händen des Fürsten konzentriert ist, und welcher „das Ziel hat, jene ursprüngliche individuelle Berechtigung gänzlich zu vernichten".[5])

§ 3.

England.

Von fremden Einflüssen bewahrt, hat sich in England[1]) der Gegensatz zwischen König und Volk am längsten erhalten. Der Staat wird als „ein zweiseitiges Vertragsverhältnis zwischen Fürsten und Volk" aufgefaßt. Die Gesetze werden als der Inhalt dieses Vertragsverhältnisses angesehen und begründen „ein Forderungsrecht für den Fürsten auf gesetzlichen Gehorsam, für das Volk auf Einhaltung der Schranken der Gesetze. Das Volk hat demnach

---

[4]) Jellinek, Staatslehre S. 309ff., ders., Erklärung S. 30ff.
[5]) Jellinek, Staatslehre S. 397.
[1]) Jellinek, Erklärung S. 29ff.

ein Recht auf Erfüllung der Gesetze durch den Fürsten".[2]) Bei dieser Sachlage waren ebenso wie im Mittelalter Freiheitsrechte überflüssig. Die Magna Charta von 1215, the petition of right von 1627, die Habeas-Corpus-Akte von 1679, the bill and declaration of rights and liberties of the subjects von 1689, sie alle bezwecken nicht die Proklamation von natürlichen Rechten aller Menschen, sondern vielmehr die Bestätigung und Anerkennung bereits bestehender bedrohter oder verletzter Rechte der einzelnen, der „alten, unzweifelhaften Rechte des englischen Volkes". Sie sind „gleichsam Friedensschlüsse oder Bezeugungen eines modus vivendi zwischen König und Land".[3])

Der Gedanke allgemeiner Menschenrechte ist nicht hierin zu finden; er entstand vielmehr zuerst, wie Jellinek[4]) gezeigt hat, auf religiösem Boden. Aus den Lehren des englischen Kongretionalismus und Independentismus des 16. u. 17. Jahrhunderts wird zum ersten Male ein allgemeines Recht aller Menschen auf Gewissens- und Religionsfreiheit gegenüber einer jeden irdischen Macht abgeleitet. Dieses Recht fand auch in dem am 28. 10. 1647 dem Armeerate Cromwells vorgelegten, von den Levellers ausgearbeiteten Verfassungsentwurf Englands, dem agreement of the people, Aufnahme, ohne daß es jedoch zu einer weiteren Ausbildung dieses Gedankens in England gekommen wäre. Das Parlament ist bis auf den heutigen Tag die höchste, formaljuristisch an keine Schranken gebundene Gewalt geblieben, wie es schon seit dem 16. Jahrhundert war, und so kann man die Grundrechte der Engländer als die sozial-ethische „Basis, nicht das Ergebnis des konstitutionellen Rechts" bezeichnen. Sie sind nicht „ein besonderes Privileg, sondern das Resultat der gewöhnlichen Gesetze des Landes".[5])

---

[2]) Jellinek, Erklärung S. 31; vgl. auch Fleiner, Institutionen S. 145 ff., 150, der auch für unseren heutigen Staat, ohne dabei freilich irgendwie an einen Vertrag zu denken, einen „allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch" annimmt, und ihn als ein „umfassendes subjektives Recht" charakterisiert. Wie wenig solche Ansprüche subjektive öffentliche Rechte darzustellen geeignet sind, wird aus den Ausführungen unseres 2. Kapitels hervorgehen.

[3]) Jellinek, Staatslehre S. 397.

[4]) Jellinek, Erklärung S. 35 ff.

[5]) Dicey, Introduction p. 196.

§ 4.

Nordamerikanische Kolonien.

Anders haben sich die Verhältnisse in den nordamerikanischen Kolonien[1]) gestaltet. Hier ist es zum ersten Male zur gesetzlichen Aussprache allgemeiner Menschenrechte gekommen, welche die Natur jedem Menschen beigegeben hat, und zwar handelt es sich nicht allein um das Recht der Gewissens- und Religionsfreiheit, sondern um einen ganzen Katalog solcher Rechte.

Jellinek hat die Ursache dieser Entwicklung vornehmlich auf religiöse Momente zurückzuführen gesucht.[2]) Die independentistischen Lehren, welche im Mutterlande scharf verfolgt wurden, sollen es nämlich gewesen sein, welche hier zusammen mit den naturrechtlichen Anschauungen des 17. und 18. Jahrhunderts die bills of rights der Kolonien und der Union ins Leben gerufen haben. Schon 1636 proklamiert der Independent Roger Williams in der von ihm gegründeten Stadt Providence ein allgemeines Menschenrecht der Gewissens- und Religionsfreiheit, welches dann noch im Laufe des 17. Jahrhunderts in vielen anderen Kolonien gesetzliche Anerkennung gefunden hat. Diese Idee vom angeborenen Menschenrecht soll sich dann vom religiösen auf das ganze politische Leben übertragen und eine Veränderung in der Anschauung über alle Rechte, die die Freiheit angehen, herbeigeführt haben. Sie werden nicht mehr als vom Mutterlande verliehen, sondern als Rechte, mit welchen Gott und die Natur den Menschen ausgestattet hat, als Rechte „im Staat und an dem Staat, die nicht vom Staat stammen“,[3]) angesehen.

Diese Ausführungen Jellineks sind in der letzten Zeit heftig angegriffen worden. Obwohl man einen gewissen Einfluß

---

[1]) Jellinek, Erklärung S. 39 ff.

[2]) Mit Jellinek übereinstimmend Troeltsch, Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt (Hist. Zeitschr. Bd. 97 S. 38 ff.).

[3]) Jellinek, Erklärung S. 53.

der religiösen Lehren auf die Entstehung der nordamerikanischen Erklärungen nicht leugnen will,[4]) betrachtet man es als sehr unwahrscheinlich, daß sie die Hauptrolle gespielt haben. Vor allem erscheint es sehr zweifelhaft, die Gewissens- und Religionsfreiheit als den Ursprung der Idee, daß der Mensch angeborene Rechte habe, zu bezeichnen. Haegermann[5]) hat gezeigt, daß man in den meisten Kolonien bis spät in das 18. Jahrhundert hinein nicht von einer Gewissens- und Religionsfreiheit, sondern höchstens von einer Toleranz sprechen könne, und daß das religiöse Moment infolge der Verschiedenheit der Bekenntnisse die große Umwälzung von 1776 mehr gehindert als gefördert hat.

Den Haupteinfluß auf die Aufstellung der durch politische[6]) und wirtschaftliche Momente veranlaßten bills of rights schreibt man vielmehr den naturrechtlichen Lehren des 17. und 18. Jahrhunderts zu.[7]) Unter dem Einflusse dieser Lehren stand James Otis, der „direkte Befruchter des amerikanischen Freiheitskeimes“,[8]) dessen berühmte im Jahre 1764 erschienene Schrift „The rights of the colonies asserted and proved“ für die amerikanische Unabhängigkeitserklärung von großer Bedeutung geworden ist. Dieser Mann ist es auch gewesen, welcher auf die Abgeordneten von Massachusetts, vor allem auf John Adams, der

---

[4]) Vgl. die Literatur bei Eckhardt S. 11; auch Wahl, Zur Geschichte der Menschenrechte S. 81 ff.

[5]) Haegermann, Erklärung S. 26 ff.

[6]) Vor allem hat in Amerika der Kampf zwischen der Legislative des Mutterlandes und der der Kolonien zur Aufstellung von Menschenrechten geführt. Gewisse Rechte sollten ein für allemal den Eingriffen des mutterländischen Parlaments entzogen werden. Vgl. Wahl, Zur Geschichte der Menschenrechte S. 83 ff.

[7]) Vgl. auch Schmidt, Prozeßrecht und Staatsrecht S. 24 Anm. 1. Nach ihm sind die Menschenrechte „der konsequenteste Ausdruck der westeuropäischen Naturrechtslehre“, der wir überhaupt durch den Einfluß, welchen sie auf den aufgeklärten Absolutismus des 18. Jahrhunderts ausgeübt hat, die Grundlagen aller modernen Staatsrechtssätze verdanken. Die Menschenrechte sind eine „falsche Ausgeburt der Doktrin“, denn sie haben keinen „substantiellen Staatsrechtsgehalt“, keinen Maßstab für ihren Umfang und ihre Grenzen.

[8]) Haegermann, Erklärung S. 12.

später bei der Abfassung der virginischen Erklärung bedeutend einwirkte, einen entscheidenden Einfluß ausgeübt hat.[9])

So waren denn die naturrechtlichen Ideen der Grund, daß, als England in die den Kolonisten verliehenen Rechte einzugreifen anfing, der Gedanke auftauchte, die von Natur und Gott stammenden Rechte des Individuums zu proklamieren und zu verteidigen. Am 20. 11. 1772 nehmen die versammelten Bürger Bostons einen von Samuel Adams, dem Massachusetts-Abgeordneten, ausgearbeiteten Entwurf einer Erklärung der Rechte der Kolonisten als Menschen, Christen und Bürger an, welchem später am 14. 10. 1774 eine ähnliche Deklaration des zu Philadelphia tagenden Kongresses von 12 Kolonien folgt. Diese Erklärungen sind jedoch lediglich Proteste gegen England wegen der Übergriffe in die Rechte der Kolonisten.

Den Charakter eines Gesetzes tragen erst die auf Aufforderung des Kongresses von Philadelphia erlassenen declarations of rights der nunmehr zum Abfalle vom Mutterland entschlossenen einzelnen Kolonien. Die erste dieser Deklarationen ist die von Virginien v. 12. 6. 1776, welcher später ähnliche Erklärungen der anderen Kolonien folgen.[10]) In diesen Erklärungen ist eine Aufzählung der natürlichen Rechte der Menschen enthalten, die als „Basis und Begründung der Regierung“ [11]) anerkannt und als solche dem plan of government, der Ordnung der staatlichen Organe und ihrer Kompetenzen, vorausgeschickt werden.

Von den englischen Erklärungen sind sie grundverschieden: Während nämlich jene nur Bestätigungen und Interpretationen des geltenden Rechts sein wollen, stellen diese einen Komplex von Rechten des Individuums auf, die der Gesetzgeber nicht

---

[9]) Haegermann, Erklärung S. 145 ff.

[10]) Jellinek, Erklärung S. 14; vgl. auch Wahl, Zur Geschichte der Menschenrechte S. 79 ff., der auf eine Erklärung des Staates Massachusetts vom Jahre 1641 verweist, welche folgenden Titel trägt: „a coppie of the Liberties of the Massachusetts Collonie in New England“. Sie hat manche Ähnlichkeit mit den Erklärungen von 1776 ff. und will ausdrücklich als Gesetz gelten; in ihr findet sich auch der Begriff des Menschenrechts.

[11]) Jellinek, Erklärung S. 54.

antasten darf. „Die amerikanischen bills of rights wollen nicht nur gewisse Prinzipien für die staatliche Organisation aufstellen, sondern vor allem die Grenzlinie zwischen Staat und Individuum ziehen.“ [12])

§ 5.

Frankreich.

Am 11. 7. 1789 stellt Lafayette in der Constituante den Antrag, eine Erklärung der Rechte zu erlassen. Und schon am 26. 8. 1789 wird nach langen Debatten und zahlreichen Änderungen an den vorgelegten Entwürfen die berühmte „declaration des droits de l'homme et du citoyen“ beschlossen und als selbständiges Gesetz publiziert. Sie wird dann an die Spitze der ersten französischen Verfassung v. 3. 9. 1791 gestellt. Diesem Beispiele folgen auch die Verfassungen von 1793, 1795, 1848, während Titre I der Verfassung von 1852 auf die Prinzipien von 1789 verweist.[1])

Was zunächst den äußeren Anlaß zu der französischen Erklärung von 1789 anlangt, so kann es heute keinem Zweifel unterliegen, daß er nicht, wie man in Frankreich behauptet, in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung v. 4. 7. 1776, sondern vielmehr in den Erklärungen der amerikanischen Kolonien zu suchen ist. Man weiß jetzt,[2]) wie die Verfassungsurkunden dieser Kolonien durch französische Übersetzungen und mehrere Amerikaner, welche an der Umwälzung von 1776 teilgenommen hatten und dann nach Frankreich übergesiedelt waren, den Männern der französischen Revolution sehr gut bekannt, und wie die amerikanischen bills of rights auch bezüglich der Form der französischen Erklärung im großen und ganzen vorbildlich waren.

---

[12]) Jellinek, Erklärung S. 29.

[1]) Die Texte sind abgedruckt bei Duguit-Monnier, Les constitutions de la France, p. 1ff.

[2]) Vgl. Jellinek, Erklärung S. 11ff.; Klövekorn S. 55ff.

Sind somit Anregung und Form aus Amerika gekommen, so darf man jedoch nicht die französische Erklärung mit den amerikanischen identifizieren.[3])

Es ist eine oft, vor allem auf dem Gebiete des Rechtes,[4]) vorkommende Erscheinung, daß der Inhalt einer Institution, obwohl ihre Form dieselbe bleibt, im Laufe der Zeit oder mit der Versetzung in ein anderes Milieu sich vollständig ändert.

Dies können wir auch in unserem Falle konstatieren. Die rechtliche Bedeutung der amerikanischen Erklärungen einerseits und der französischen andererseits ist trotz der vielen äußerlichen Ähnlichkeiten durchaus nicht dieselbe. Während die amerikanischen Erklärungen wesentlich unter dem Einfluß Lockes stehen und eine Scheidewand zwischen Staat und Individuum errichten wollen, ist die französische Erklärung ganz auf den Gedanken von Rousseau aufgebaut. Sie „kümmert sich nicht um die Grenzen des Staates, sie fragt nicht, wo der Staat auf eine fremde Sphäre stößt, sie sagt nicht, was er unterlassen, sie sagt, was er leisten soll. Freiheit, Eigentum, die anderen natürlichen Güter der Menschheit sind nicht als Hindernis für den Staat gedacht; sie bilden seinen Zweck".[5]) Wenn dabei von einem Rechte die Rede ist, so bedeutet dies nur, daß der einzelne durch seinen Eintritt in den Staat das Recht auf Schutz seiner Freiheit gegen die übrigen Genossen erhält. Auch natürliche werden diese Rechte genannt, weil sie sich auf den Schutz natürlicher Güter beziehen, vielleicht auch, weil sie kraft des Wesens, der Bestimmung des Staates von jedermann beansprucht werden können.[6]) „Und so ist es verständlich, daß die beiden ersten Artikel der Deklaration verkünden, der Mensch

---

[3]) Jellinek, Erklärung S. 26, 57; vgl. auch Wahl, Politische Ansichten des offiziellen Frankreich im 18. Jahrhundert, welcher nachweist, daß die Parlamente in Frankreich schon seit 1750 neben dem bereits früher von ihnen verteidigten Grundsatz der Unabänderlichkeit der Fundamentalgesetze auch vom Naturrecht stammende Menschenrechte anerkannten, so vor allem das Recht der Freiheit, des Eigentums, der Gerechtigkeit.

[4]) Man denke nur an das alte römische Recht.

[5]) Redslob, Staatstheorien S. 92.

[6]) Redslob, Staatstheorien S. 93 Anm. 2.

habe in der politischen Gesellschaft ein Recht auf Erhaltung seiner Güter, der Mensch werde frei geboren und bleibe frei. Dieses Recht verdankt er dem Staat und erwirbt er durch seinen Eintritt in den Staat. Es handelt sich in der Deklaration wohl um Menschenrechte, aber nicht um Rechte der Menschen außerhalb des Staates, sondern um Rechte der Menschen im Staat.“[7])

So sehen wir, wie sich die Erklärung von 1789 ganz mit den Ideen des contrat social von Rousseau deckt. Auch in ihr ist die aus den übereinstimmenden Einzelwillen hervorgehende volonté générale die höchste Gewalt, die sich nicht an Schranken binden läßt, und die selbst über die Grenzen ihrer Tätigkeit entscheidet.[8]) Es dürfte daher weder die in Frankreich herrschende in sich einen unüberbrückbaren Widerspruch schließende Lehre, die in den französischen Erklärungen sowohl die Gedanken von Rousseau, wie auch natürliche, dem Menschen angeborene Rechte erblicken will,[9]) noch die Ansicht Jellineks, welcher die französischen Prinzipien mit den amerikanischen für identisch erklärt, das Richtige getroffen haben.

Was wir aber bisher betrachtet haben bildet nicht allein den Inhalt der französischen Erklärungen. Sie enthalten zu gleicher Zeit die ersten Akte des Gemeinwillens, die wichtigsten Gesetze. Durch diese beschränkt sich der Staat selbst. „Er ruft sich hier nicht Grenzen ins Gedächtnis, die von Natur für seine Macht bestehen, er schafft sich freiwillig Grenzen, um seinen Zweck in richtiger Weise zu erfüllen.“[10]) Die Artikel 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 und 17 enthalten zum größten Teile solche gesetzgeberische Akte des Gemeinwillens, positive und obligatorische Gesetze.[11]) Dadurch, daß sie der

---

[7]) Redslob, Staatstheorien S. 93.

[8]) Redslob, Staatstheorien S. 52ff.

[9]) Vgl. Esmein, Droit constitutionnel p. 379ff., 387, welcher jedoch bemerkt, daß das Prinzip Rousseaus von der Unwiderstehlichkeit des Gemeinwillens die individuelle Freiheit zu erdrücken geeignet ist.

[10]) Redslob, Staatstheorien S. 98.

[11]) Vgl. Redslob, Staatstheorien S. 95ff. Damit fällt die in Frankreich übliche Unterscheidung zwischen deklarierten und garantierten Rechten als zwecklos in sich zusammen. Vgl. darüber Esmein, Dr. Const. S. 393sq.

Verfassungsurkunde von 1791 vorangestellt wurden, erlangten sie die dieser zukommende gesteigerte formelle Gesetzeskraft.[12])

Solche Gesetze aber, welche die individuelle Freiheitssphäre gewährleisten, sind nicht nur in den Deklarationen, sondern in dem Verfassungstext selbst enthalten. Es sind dies teils nähere Präzisierungen der in der Erklärung ausgesprochenen Rechtssätze, teils neue selbständige Gewährschaften der Freiheit. So sind Titre I der Verfassung von 1791, die Art. 122—124 der Verfassung von 1793, Titre 14 der Verfassung von 1795 der Garantie individueller Freiheitsrechte gewidmet. Die späteren Verfassungen mit Ausnahme der vom Jahre 1848 verzichten ganz auf eine Deklaration und nehmen alle zu garantierenden Richtungen der individuellen Freiheit in ihrem Text auf. Von großer Bedeutung war vor allem die Formulierung, welche die Grundrechte in der oktroyierten Charte constitutionnelle von 1814 (revidiert 1830) erhalten haben. Daß sich der Charakter dieser Rechte in diesen zwei Verfassungen nicht geändert hat, geht aus dem bisher Gesagten von selbst hervor. Natürlich ist es nicht mehr der Gemeinwille, welcher sich selbst Schranken zieht, sondern der allmächtige Kaiser seinem Volke gegenüber. Immer noch handelt es sich aber um Rechte, die der Staat verleiht, und dem es daher anheimgestellt bleibt, sie allen Menschen im Staate oder bloß den Inländern zu gewähren. Diesen Unterschied zwischen droits de l'homme, also Rechten, die einem jeden Individuum zustehen, und droits du citoyen, d. h. Rechten, die nur Bürgern verliehen sind, kennt schon die Erklärung von 1789 und führt ihn konsequent durch.[13]) Die späteren Verfassungen haben jedoch daran nicht festgehalten und diese beiden Arten von Rechten miteinander vermengt. Dies letztere muß man auch von der Charte, trotz der Überschrift der Grundrechte „droit public des Français" annehmen.[14]) Überhaupt kann

[12]) Vgl. die schweren Abänderungsformen des Titre VII der Verfassung von 1791 bei Duguit-Monnier, Les constitutions de la France p. 33. Sie sind natürlich auch nur Selbstbeschränkungen des Gemeinwillens.

[13]) Vgl. Frisch, Das Fremdenrecht S. 225ff.

[14]) Anders Bornhak, Preuß. Staatsrecht Bd. 1 S. 293, welcher jedoch später (S. 295) bei der preuß. Verfassung zugibt, daß der Titel der Verfassungsgrundrechte vollständig mit ihrem Inhalte in Widerspruch steht.

man lediglich aus dem Zusammenhang der gesamten Rechtsordnung ein Grundrecht als droit de l'homme oder als droit du citoyen bezeichnen.

So haben denn die französischen Erklärungen und Verfassungen im Gegensatz zu den amerikanischen niemals Rechte zu ihrem Inhalte gehabt, welche den einzelnen die Natur und Gott gegeben hätte, sondern nur Selbstbeschränkungen des Staates zur besseren Erfüllung seiner Zwecke und Aufgaben.

§ 6.

Die Entwicklung in den andern Staaten.

Die französischen Vorgänge von 1789 sind von großem Einfluß für alle kontinentalen Staaten gewesen. Noch in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts werden in fast allen Staaten Grundgesetze aufgestellt, welche sich wesentlich an die französischen Vorbilder anlehnen. So enthalten die spanische, die norwegische, die portugiesische, die belgische und die seit 1814 in den deutschen Staaten[1]) erlassenen Verfassungsurkunden mit größeren oder kleineren Abweichungen die französischen Grundrechte. Auch Griechenland blieb von diesem Einflusse nicht verschont.[2]) Die schon im ersten Jahre des Aufstandes gegen die „furchtbare türkische Herrschaft" zu Piada beschlossene vorläufige Verfassung enthält eine Aufzählung von Grundrechten und ist in dieser Hinsicht von allen anderen griechischen Verfassungen befolgt worden.[3]) Auch das heute geltende Grundgesetz v. 1. 6. 1911[4]) enthält in seinen ersten 20 Artikeln den üblichen Grundrechtekatalog.

---

[1]) Vgl. Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 140ff.; Giese, Die Grundrechte S. 16ff.

[2]) Über die Verfassungsgeschichte Griechenlands vgl. Saripolos, Staatsrecht S. 1ff.; *Σαρίπολος, Συνταγματ. Δίκαιον* Bd. 1 S. 1ff.

[3]) Die Texte sind abgedruckt bei *Δυοβουνιώτης, Ἑλληνικά συντάγματα* S. 53ff.

[4]) Eine nicht ganz einwandfreie deutsche Übersetzung findet sich in der Zeitschr. für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht Bd. 6 S. 378ff.

Welchen rechtlichen Charakter man den Grundrechten bei der Aufstellung einer Verfassungsurkunde in einem konkreten Staate zuerkannte, läßt sich nicht allgemein beantworten. Vor allen Dingen darf man sie nicht mit den französischen Grundrechten für materiell identisch erklären. Das Naturrecht besaß noch am Anfang des 19. Jahrhunderts im kontinentalen Europa eine große Macht, und es ist sehr gut denkbar, daß unter seinem Einflusse, vor allem in monarchischen Staaten, auf welche die Formel Rousseaus vom Gemeinwillen nicht gut paßte, die Grundrechte für überstaatliche, dem Menschen angeborene Rechte gehalten wurden.[5]) Dazu mag man auch aus rein praktischen Gründen, um gewisse Richtungen der individuellen Freiheit ein für allemal von staatlichen Eingriffen zu befreien, zurückgegriffen haben. Auf alle Fälle handelt es sich um ein Problem, dessen Lösung der Spezialforschung über die Verfassungsgeschichte jedes einzelnen Staates überlassen bleiben muß.

---

[5]) In der Frankfurter Nationalversammlung von 1848 waren beide Ansichten vertreten. Vgl. Eckhardt, Die Grundrechte S. 89ff.

Zweites Kapitel.

Die rechtliche Natur der Grundrechte.

§ 7.

Der Kreis der grundrechtlichen Normen.

Man pflegt in der heutigen staatsrechtlichen Literatur[1]) alle öffentlichen Rechte des Individuums in zwei große Klassen einzuteilen: in staatsbürgerliche oder politische Rechte einerseits und in bürgerliche Rechte andererseits. Unter den ersteren versteht man dabei solche, welche dem einzelnen eine Teilnahme an dem staatlichen Regiment gewähren, während zu den letzteren alle Rechte gerechnet werden, welche sich auf das Verhältnis der Individuen zum Staate beziehen.

Die bürgerlichen Rechte gliedert man wieder in Rechte auf positive Leistungen des Staates und in Rechte, welche dem einzelnen eine Freiheit von staatlichen Einwirkungen gewähren.

Diese letzteren Rechte, welche man unter dem Namen Grund- oder Freiheitsrechte zusammenfaßt,[2]) werden im folgenden den Gegenstand unserer Betrachtungen bilden. Sie haben alle die Freiheit der Person und des Eigentums im weitesten Sinne des Wortes zu ihrem Objekte und beziehen sich vornehmlich auf die verfassungsmäßigen Gewährschaften der Freiheit und der Gleichheit. Da jedoch die individuelle Freiheitssphäre vielfach auch durch einfache Gesetze und Rechtsverordnungen vor Ein-

[1]) Vgl. Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 792; Anschütz, Enzykl. Bd. 2 S. 533 ff.

[2]) Dies sind die häufiger gebrauchten Namen neben sehr vielen anderen. So wird z. B. auch von Menschenrechten, individuellen Rechten, natürlichen Rechten usf. gesprochen.

griffen der Staatsgewalt geschützt[3]) und der Unterschied zwischen der Verfassung und den im ordentlichen Wege ergangenen Gesetzen lediglich ein formeller ist, empfiehlt es sich, bei der Betrachtung der rechtlichen Natur der Grundrechte ihren Begriff weiter zu fassen, so daß darunter auch die gesetzlichen Grundrechte fallen.[4])

§ 8.

Die Grundlagen.

Wir haben schon gesehen, welch eine wechselreiche Geschichte die Grundrechte hinter sich haben. Ihre aufs innigste mit den gewaltigen geistigen und politischen Kämpfen der letzten drei Jahrhunderte verbundene Entstehung mußte notwendig tiefe Spuren in ihnen hinterlassen. Ein Blick in die einschlägige Literatur genügt, um uns von der für die juristische Betrachtung gewiß nicht heilsamen Einwirkung der naturrechtlichen Lehren und der Politik zu überzeugen.

Es gibt noch heute Schriftsteller, denen die Grundrechte natürliche, jedem Menschen innewohnende Rechte gegenüber der Staatsgewalt sind. Man braucht nur auf Esmein,[1]) den führenden Staatsrechtslehrer Frankreichs, hinzuweisen, welcher die Grundrechte dadurch zu begründen sich bemüht, daß er das Individuum für die Quelle alles Rechts erklärt, und daraus folgert, daß durch die Aufstellung der Grundrechte dieses der Staatsgewalt Schranken gezogen habe. Auch Lebon[2]) sträubt sich, dem Staate unbegrenzte Gewalt gegenüber dem einzelnen zuzusprechen. Die Menschen müssen zwar im Staate in ihrer Freiheit beschränkt werden, doch „soll daraus nicht gefolgert werden, daß der Staat

---

[3]) Daß die Verfassungsgrundrechte keine erschöpfende Kodifikation der individuellen Rechte bedeuten, wird ausdrücklich im Art. 9 der Amendments zur Unionsverfassung hervorgehoben: „The ennumeration of the constitution of certain rights shall not be construed to eny or disparage others retained by the people".

[4]) So auch Giese, Die Grundrechte S. 88ff.

[1]) Droit constitutionnel p. 331, 387.

[2]) Das Verfassungsrecht der französischen Republik S. 172ff.

unbegrenzte Gewalt dem einzelnen gegenüber besitzt: Gewisse Rechte, gewisse Freiheiten sind sozusagen natürlich, sie dürfen nicht beschränkt, nicht vom Staate verletzt werden: es sind dies die politischen Freiheiten, die individuellen Rechte". Dieselben Ideen schweben Errera vor,[3]) wenn er, um ein greifbares Subjekt für die Souveränität des Volkes zu gewinnen, Normativ- und Konstruktivbestimmungen in den Verfassungsurkunden unterscheidet. Die ersteren, unter welchen auch die Grundrechte fallen, sollen der Tätigkeit der verfassungsgebenden Körperschaft, also der höchsten Gewalt, welche es im Staate gibt, übergeordnet sein. Auch die ältere griechische, unter französischem Einfluß stehende staatsrechtliche Literatur[4]) betrachtet die Grundrechte für absolute, durch keine irdische Gewalt beschränkbare Rechte der Individuen.

Alle diese Ansichten sind vom Standpunkte juristischer Betrachtung der Erscheinungen des öffentlichen Lebens zu verwerfen. Rechte, welche dem Menschen die Natur verliehen hätte, welche ihm angeboren seien, können schon deshalb nicht existieren, weil alles Recht „Beziehung von Rechtssubjekten" ist und als solches nur in und durch die Gesellschaft entstehen kann.[5]) Aber auch unsere Auffassung von der Staatsgewalt läßt derartige Rechte nicht zu. Sie ist die oberste, rechtlich an keine Schranken gebundene unwiderstehliche Gewalt, von der alle anderen Gewalten ihre Macht ableiten und die allein Schöpferin der ganzen Rechtsordnung ist.[6]) Alles vorhandene Recht besitzt lediglich vermöge ihrer Anerkennung seine Geltungskraft, und das Individuum hat lediglich diejenigen Rechte, welche sie ihm gewährt hat. Von dieser allein richtigen Grundlage aus werden wir im folgenden die rechtliche Natur der Grundrechte zu bestimmen versuchen.

---

[3]) Das Staatsrecht des Königreichs Belgien S. 10ff.

[4]) Vgl. z. B. *Κυριακοῦ, Ἑρμηνεία τοῦ ἑλληνικοῦ συντάγματος* Bd. 1 S. 24ff.

[5]) Jellinek, System S. 10.

[6]) Die davon abweichende, von manchen noch heute vertretene Ansicht ist für die Grundrechte, selbst wenn sie richtig wäre, von keiner Bedeutung. Vgl. darüber die treffenden Bemerkungen von Giese, Die Grundrechte S. 54ff.

§ 9.

Das subjektive öffentliche Recht.

Obwohl heutzutage regelmäßig von dieser richtigen Basis ausgegangen wird, kann dennoch nicht von einer herrschenden, geschweige denn von einer communis opinio über die Rechtsnatur der Grundrechte gesprochen werden. Dies hängt vor allem damit zusammen, daß sehr vieles noch an den Grundlagen der verhältnismäßig jungen Wissenschaft des öffentlichen Rechts streitig ist. So spielt die sehr bestrittene Frage nach dem Inhalt und Umfang des subjektiven öffentlichen Rechts auch bei den grundrechtlichen Theorien eine große Rolle. Nichts ist bei den Grundrechten so bestritten als die Frage, ob sie als subjektive öffentliche Rechte aufzufassen seien oder nicht. Es wird daher erforderlich sein, bevor wir uns unserem eigentlichen Thema zuwenden, die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht einer genaueren Betrachtung zu unterziehen und zu ihr Stellung zu nehmen versuchen.

I. Die Einseitigkeit der Ansichten von Windscheid,[1]) welcher das Wesen des subjektiven Rechts im Willen erblickte, von Jhering,[2]) dem es ein rechtlich geschütztes Gut oder Interesse war, und von Dernburg,[3]) welcher den dem einzelnen zukommenden Anteil an den Lebensgütern als subjektives Recht bezeichnete, ist zu sehr bekannt, als daß es auch an dieser Stelle notwendig wäre, näher auf sie einzugehen.[4]) Alle diese Theorien, obwohl sie sich eigentlich auf die subjektiven Privatrechte bezogen, sind auch für die subjektiven öffentlichen Rechte von großer Bedeutung geworden, und zwar nicht nur weil, wie es auch sonst nicht selten in der Rechtswissenschaft der Fall ist, das subjektive öffentliche Recht nur einen Artbegriff des Gattungsbegriffes „subjektives Recht“ darstellt, welcher der ganzen Rechtsordnung gemeinsam ist,[5]) sondern

[1]) Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts Bd. 1 S. 156ff.
[2]) Geist des römischen Rechts Bd. 3 S. 317ff.
[3]) System des römischen Rechts Bd. 1 S. 65ff.
[4]) Statt aller vgl. Jellinek, System S. 42ff.
[5]) vgl. Jellinek, System S. 58.

vor allem, weil bis vor kurzem das öffentliche Recht vom privaten nicht scharf geschieden wurde und die Rechte des Untertanen als Privatrechte aufgefaßt und gerichtlichen Schutzes teilhaftig wurden.[6])

Erst mit dem Übergang der kontinentalen Staaten in den Konstitutionalismus begann unter dem Einfluß der nach dem französischen Vorbild in den Verfassungsurkunden aufgenommenen Grundrechten die Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten der einzelnen sich zu entwickeln. Die naturrechtlichen Anschauungen spielen dabei eine besonders große Rolle. Aber auch wo dies nicht so sehr der Fall ist, fehlt es an einer klaren Scheidung zwischen subjektiven Privatrechten und subjektiven öffentlichen Rechten. Erst im Jahre 1852 erscheint eine Schrift, welche sich ausschließlich mit den subjektiven öffentlichen Rechten beschäftigt. Es ist dies die berühmte Abhandlung von Gerbers[7]): Über öffentliche Rechte. Sie stellt die Existenz aller subjektiven öffentlichen Rechte der Untertanen in Abrede und sieht in dem, was man bisher als solche bezeichnete, nur Reflex der objektiven Rechtsordnung.[8]) In den nachfolgenden Jahren begnügt man sich damit, das Hergebrachte über die subjektiven öffentlichen Rechte zu wiederholen, ohne sie irgendwie einer eingehenderen Betrachtung zu unterwerfen. Man sagt, sie seien Rechte, welche dem einzelnen gegenüber der übergeordneten Staatsgewalt, gegenüber dem Souverän zustünden,[9]) oder daß sie dem Individuum nicht in seinem eigenen Interesse, sondern mehr in Berücksichtigung „öffentlicher Gesichtspunkte“[10]) verliehen seien und will sie dadurch von den sich auf gleichberechtigte Subjekte beziehenden subjektiven Privatrechten unterscheiden. Erst den Arbeiten von Georg Jellinek[11]) und Otto Mayer[12])

---

[6]) Vgl. Otto Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 38ff.

[7]) Tübingen 1852.

[8]) Selbst das Recht auf Schutz der Privatrechte wird nicht als subjektives Recht anerkannt (vgl. Öffentliche Rechte S. 79 Anm. 1).

[9]) Zoepfl, Grundsätze, Teil 2 S. 219.

[10]) Georg Meyer, Lehrb. 3. Aufl. 1891 S. 25.

[11]) System der subjektiven öffentlichen Rechte 2. Aufl., 1905, Allgem. Staatslehre 2. Aufl. 1905 S. 403ff.

[12]) DVerwR. Bd. 1 § 9.

kommt das große Verdienst zu, das Vorhandensein subjektiver öffentlicher Rechte der Untertanen außer Zweifel gesetzt und ihren Begriff klargestellt zu haben. Ihre Theorien müssen wir im folgenden wegen ihrer besonderen Wichtigkeit einer kurzen Analyse unterwerfen.

II. Jellinek definiert das subjektive Recht als „die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut gerichtete menschliche Willenskraft“[13]) und vermeidet durch diese Kombination von Willensmacht und Gut, von formellem und materiellem Moment die Einseitigkeit der Windscheidschen, der Jheringschen und Dernburgschen Begriffsbestimmungen.

Den Unterschied zwischen subjektivem öffentlichen Recht und subjektivem Privatrecht erblickt er einerseits darin, daß während in dem letzteren das „Dürfen“, d. h. die von der Staatsgewalt erlaubte rechtlich relevante Handlung, stets mit einem „Können“, d. h. einer von der Rechtsordnung verliehenen rechtlich relevanten Fähigkeit, verbunden ist, das erstere sich in einem „Können“ erschöpft, und andererseits in der verschiedenen Art des Interesses: die im subjektiven öffentlichen Rechte dem einzelnen verliehene Willensmacht steht in größerer Beziehung mit dem Gemein- als mit dem Privatinteresse. „Das subjektive öffentliche Recht ist daher nur durch ein Wollenkönnen geschütztes Interesse, das subjektive Privatrecht ein Interesse, zu dessen Realisierung auch ein Wollendürfen verliehen ist.“[14]) Das subjektive öffentliche Recht besteht „ausschließlich in der Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen“.[15]) Alle diese Fähigkeiten zusammen begründen ein dauerndes Verhältnis des Individuums zum Staate, sie bilden seine Persönlichkeit, aus welcher alle öffentlichrechtlichen Ansprüche des einzelnen entspringen. Während die subjektiven Privatrechte ein von der Person verschiedenes Objekt haben, gründen sich die subjektiven öffentlichen Rechte unmittelbar auf diese; dem privatrechtlichen Recht und

---

[13]) System S. 44.
[14]) System S. 57.
[15]) System S. 51.

Anspruch entspricht das öffentlichrechtliche: Zustand und Anspruch.[16])

Von der Reflexwirkung objektiven Rechts will endlich Jellinek das subjektive öffentliche Recht ebenfalls in zweifacher Weise unterschieden wissen: formell durch das Vorhandensein eines individuellen Anspruchs zu seiner Verwirklichung und materiell durch die Feststellung eines ausdrücklich oder implizite anerkannten Individualinteresses.[17])

III. Otto Mayer betrachtet das subjektive Recht als den fest abgegrenzten, einem Individuum kraft der positiven Rechtsordnung zugehörigen rechtlichen Machtkreis zum Schutze individueller Interessen und will es durch diese feste Zugehörigkeit zur Person vom bloßen Reflex objektiven Rechts und von den einfachen Rechtsverhältnissen unterschieden wissen. Die Eigentümlichkeit des subjektiven öffentlichen Rechts sieht er dabei in der Natur der öffentlichen Rechtsordnung selbst begründet, in welcher anders als im Privatrecht ungleichwertige Subjekte: der Staat und der Untertan, sich gegenüberstehen. Auf diesem Gebiete wird nun, da das subjektive Recht ein Machtkreis ist, Macht aber nur der dem einzelnen gegenüberstehenden Staatsgewalt innewohnt, das subjektive Recht nur als „rechtliche Macht über die öffentliche Gewalt selbst“ möglich sein. Diese Macht muß dann auch, um die Gestalt eines subjektiven öffentlichen Rechtes anzunehmen, „in der Weise eines solchen abgegrenzt und mit dem Subjekt verbunden sein“.[18]) Dabei kann diese Verbindung in zweierlei Weise geschehen: entweder als eine Forderung, wenn die vollziehende Gewalt dem einzelnen gegenüber zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist, oder als ein Besitzstand, wenn ein Stück öffentlicher Gewalt abgezweigt und in die Hand des Untertanen gelegt wird, so daß er darüber frei verfügen kann.

Können wir einmal so gestaltete Rechte aufweisen, so kommen ihnen dann auch die den subjektiven Rechten überhaupt

---

[16]) System S. 58, Staatslehre S. 405.
[17]) System S. 70ff.
[18]) DVerwR. Bd. 1 S. 110.

eigentümliche Wirkungen zu: die öffentliche Gewalt ist verpflichtet, sie zu schützen und zu handhaben, und der einzelne kann, wo dies nicht aus besonderen Gründen ausgeschlossen ist, frei über sie verfügen.

IV. Ziehen wir das Resultat aus den entwickelten Lehren, so ergibt sich, daß *das subjektive öffentliche Recht eine dem Untertan von der Rechtsordnung verliehene rechtliche Macht über die Staatsgewalt ist, welche in fester Abgrenzung sich derart mit dem Individuum verbindet, daß es über sie freie Hand besitzt, und welche die Behörden zu schützen und zu handhaben verpflichtet sind.* Es kommt also vor allem darauf an, daß eine rechtliche Macht dem Individuum bereits zusteht, so daß es über sie frei verfügen kann. Darin liegt eben der Unterschied und der besondere juristische Wert des subjektiven öffentlichen Rechts vor dem Reflex objektiven Rechts und vor den einfachen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen.

§ 10.

Die Grundrechte als subjektive Rechte.

Nachdem wir so zum Begriffe des subjektiven öffentlichen Rechts Stellung genommen haben, werden wir nunmehr zur Betrachtung der Theorien schreiten, welche die Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte des Individuums bezeichnen.

Es ist bereits hervorgehoben worden, daß die Entstehung der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht an die grundrechtlichen Verfassungsbestimmungen anknüpft. Auf die alte naturrechtliche Anschauung gestützt, welche das subjektive Recht der Freiheit gleichsetzt, betrachtet man die durch die Grundrechte dem einzelnen gegenüber der Staatsgewalt gewährleistete freie Betätigung des individuellen Willens als sein subjektives Recht.[1]) So entstehen individuelle Rechte, welche die Vornahme

[1]) Jellinek, System S. 42. Für diese Auffassung der Grundrechte ist es nicht von Bedeutung, ob man sie als angeborene, außerhalb des Staates stehende oder nur als Selbstbeschränkungen des Staates ansieht.

gewisser Handlungen zu ihrem Gegenstand haben. Man spricht von einem Recht auf freies Gewissen, freie Wahl und Ausübung seiner Religion, von einem Recht, seine geistigen Erzeugnisse ungehindert drucken zu lassen, sich zu versammeln und zu vereinigen, und so noch von mancherlei anderen Rechten des Individuums, die nach dem positiven Verfassungsrecht größer oder kleiner an Zahl sind. Damit steht auch der Sprachgebrauch der Verfassungsurkunden in Einklang, welche nach dem Muster der französischen Verfassungen von Rechten des Individuums sprechen.

Eine eingehende wissenschaftliche Betrachtung des Wesens dieser Rechte wird dabei nirgends versucht.[2]) Überhaupt ist man sich nicht klar über die Grundlage und den Gegenstand dieser Rechte. Die hauptsächlich von Locke entwickelte Lehre von den angeborenen Menschenrechten wird meistens mit den Gedanken von Rousseau bezw. der Idee von der Allmacht des Fürsten vermengt, ohne daß man sich dabei des Widerspruches, in den man gerät, bewußt wird.[3])

Erst ganz allmählich Hand in Hand mit der Vertiefung in den Begriff des subjektiven Rechts wird es klar, daß die dem einzelnen verliehene Willensmacht nicht darauf gerichtet sein kann, daß er gewisse Handlungen unbehelligt vornehme. Man erkennt, daß dies alles nur Ausfluß der natürlichen Handlungsfreiheit sei, welche der Staat weder geben noch nehmen kann, und daß solche Rechte dem Staate gegenüber lediglich rechtlich indifferente Handlungen darstellen. Man kommt deshalb zur Ansicht, daß die individuelle Willensmacht sich zwar nicht auf die Betätigung der Freiheit beziehen kann, sondern daß sie sich gegen den Staat richten muß. Die Schranken, welche der Tätigkeit der Staatsgewalt durch die Grundrechte gezogen wurden, sollen den Gegenstand der in ihnen enthaltenen subjektiven öffentlichen Rechte bilden. Diese Schranken sind es, deren Einhaltung der Untertan von der Staatsgewalt verlangen kann. Er hat an sie einen Anspruch auf Unterlassung. Immer wenn heute

---

[2]) Giese, Die Grundrechte S. 25ff.

[3]) Vgl. z. B. Klüber, Öffentliches Recht 1. Abt. S. 339; Maurenbrecher, Grundsätze S. 79ff.; auch Zoepfl, Grundsätze Teil 1 S. 9ff., Teil 2 S. 219.

von den Grundrechten als subjektiven öffentlichen Rechten gesprochen wird, geht man von dieser Auffassung aus.[4]) Dies erscheint sogar so geläufig, daß Georg Meyer[5]) behauptet, es wäre nur „ein anderer Ausdruck für denselben Gedanken", wenn man statt von einem Anspruch auf Unterlassung, von einem Rechte, eine Handlung vorzunehmen, spricht. Diese wesentliche Wandlung, welche sich in bezug auf den Gegenstand der Willensmacht in den als subjektiven öffentlichen Rechten gedachten Grundrechten stattgefunden hat, findet meistens nicht genügende Beachtung. Dies trifft vor allem für diejenigen Schriftsteller zu, welche die Grundrechte nicht als subjektive öffentliche Rechte gelten lassen wollen, ihre Polemik richtet sich zum größten Teil gegen die alte Anschauung und konnte deshalb bisher keine allzu große überzeugende Wirkung haben.[6])

Worauf sich nun eigentlich im einzelnen der Inhalt dieses subjektiven Rechtes bezieht, darüber ist man sich freilich nicht einig. Während alle Schriftsteller einerseits einen Anspruch an die Staatsgewalt auf ein Nichthandeln, auf ein Unterlassen gewisser Handlungen und andererseits einen Anspruch auf Beseitigung in die Grundrechte eingreifender obrigkeitlicher Befehle darin erblicken, wollen einige noch einen Anspruch auf Anerkennung der sich auf den grundrechtlichen Bestimmungen ergebenden staatsfreien Sphäre des Individuums annehmen. Wie man sich dabei das Verhältnis dieser drei Ansprüche zueinander und zum subjektiven öffentlichen Recht, welches doch im Grundrecht enthalten ist, denken soll, wird meistens nicht gesagt. Es kommt dabei vor allem auf den Begriff des öffentlichenrechtlichen Anspruches an.

Auf dem Gebiete des Privatrechts bedeutet der Anspruch das Recht, von einem bestimmten anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen.[7]) Jeder Anspruch wird also als ein

---

[4]) Fleiner, Institutionen S. 150 und Anm. 2.

[5]) Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 800 Anm. 3.

[6]) Vgl. z. B. Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 151ff.; Seydel, Bayr. Staatsrecht Bd. 1 S. 301; vgl. auch Gierke in Schmollers Jahrb. Bd. 7 S. 1133.

[7]) BGB. § 194; vgl. Enneccerus Bd. 1 Abt. 1 S. 161, 548ff.

subjektives Recht für sich aufgefaßt, welches von anderen subjektiven Rechten, vor allem den Anspruch auf Klage (sogen. Klagerecht) geschieden wird.

Ganz ebenso muß es mit dem öffentlichrechtlichen Anspruch stehen. Er wird überall dort vorliegen, wo die durch das subjektive öffentliche Recht gewährte Rechtsmacht sich auf die Vornahme einer Handlung seitens der Staatsgewalt bezieht, sei es, daß diese in einem Tun oder in einem Unterlassen besteht. Jedes bestimmte Tun oder Unterlassen wird dann ein subjektives öffentliches Recht darstellen. So werden denn auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts die Ansprüche nichts anderes als eine Art subjektiver öffentlicher Rechte sein neben den auch hier vorkommenden Beherrschungs- und Gestaltungsrechten.[8])

Es handelt sich demnach in Wahrheit auch in unserem Falle um drei verschiedene subjektive Rechte, die, wollen wir ein richtiges Urteil über die Theorie, welche die Grundrechte für subjektive öffentliche Rechte hält, bilden, einer getrennten Betrachtung unterworfen werden müssen. Das bisherige Durcheinanderwerfen dieser Ansprüche ist nicht zuletzt die Ursache der in bezug auf die Grundrechte herrschenden Unklarheiten und Verwirrung.

Ehe wir uns jedoch dieser Aufgabe zuwenden, erscheint es notwendig, einen Blick auf die in der Literatur vertretenen, die Existenz solcher Ansprüche bejahenden Ansichten zu werfen.

Es lassen sich drei Gruppen unterscheiden. Zu der ersten gehören diejenigen Schriftsteller, welche aus jeder einzelnen durch die Verfassung oder ein gewöhnliches Gesetz garantierten Betätigung der Handlungsfreiheit ein subjektives öffentliches Recht des Untertanen ableiten. So spricht man von einem Rechte auf Unterlassung und Beseitigung von Beeinträchtigungen bezüglich der Religion, des Gewissens, der Briefschaften, der

---

[8]) Vgl. Kormann, Grundzüge 1911 S. 915ff. Es ist daher nicht richtig, wenn Jellinek, System S. 58, 86 die subjektiven öffentlichen Rechte mit den öffentlichrechtlichen Ansprüchen identifiziert. Man braucht nur auf die Selbstverwaltungsrechte und an die an öffentlichen Sachen verliehenen Nutzungsrechte hinzuweisen, welche, obwohl sie subjektive öffentliche Rechte sind, sicherlich keine Ansprüche im technischen Sinne bedeuten.

Presse, der Vereinigungen, der Versammlungen usf. Als Hauptvertreter dieser Ansicht kann man nennen: v. Rönne,[9]) v. Schulze,[10]) Georg Meyer,[11]) Gierke,[12]) v. Stengel,[13]) Vogel,[14]) Fleiner[15]) u. a.[16]) Auch in Griechenland ist dies herrschende Ansicht.[17]) Im Gegensatz dazu erklären die Schriftsteller der zweiten Gruppe, daß es falsch wäre, nur die verfassungsmäßig und gesetzlich garantierten Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte der Untertanen zu betrachten. Es sei vielmehr im modernen Staate eine staatsfreie Sphäre individueller Betätigung anerkannt, auf Grund deren sich konkrete, im voraus nicht zu bestimmende Ansprüche auf Unterlassung, Anerkennung und Beseitigung ergeben. Zu den Vertretern dieser Meinung gehören Jellinek[18]) und Anschütz.[19]) Die dritte Gruppe bilden schließlich diejenigen, welche die Freiheit bezw. die Persönlichkeit nicht, wie die Schriftsteller der vorigen Gruppe, als einen Zustand, sondern selbst als ein Recht des Individuums auffassen, das einzige Grundrecht nämlich, was dem Untertan zusteht. Vertreter dieser Ansicht sind Loening[20]) und v. Dantscher.[21])

---

[9]) Das Staatsrecht der preuß. Monarchie Bd. 2, 4. Aufl. 1882 S. 37ff. Vgl. nunmehr auch Rönne-Zorn Bd. 1 S. 600, Bd. 2 S. 79ff., 149ff.

[10]) Das preuß. Staatsrecht Bd. 1 S. 366ff.

[11]) Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 34, 791ff.

[12]) In Schmollers Jahrb. Bd. 7 S. 1132ff.

[13]) VerwR. S. 32ff., Art.: Öffentliche Rechte und öffentliche Pflichten S. 177ff.

[14]) Das Staatsrecht des Königreichs Bayern S. 78ff.

[15]) Institutionen S. 147ff., 150ff.

[16]) Eine ausführliche Übersicht dieser Theorien und weitere Literatur bei Giese, Die Grundrechte S. 35ff.

[17]) Saripolos, Staatsrecht S. 28ff.; *Σαρίπολος Συνταγματικόν Δίκαιον* Bd. 2 S. 278ff.

[18]) System S. 102ff., Staatslehre S. 405ff.

[19]) Enzykl. Bd. 2 S. 535; Komm. Bd. 1 S. 96ff.

[20]) VerwR. S. 11ff.

[21]) Politische Rechte Bd. 2 S. 54ff., 104ff.

§ 11.

Der Anspruch auf Unterlassung.

Wenn man von den Grundrechten als subjektiven öffentlichen Rechten spricht, so wird vor allem als Gegenstand dieses Rechts der Anspruch des einzelnen an den Staat betrachtet, daß dieser sich gewisser Eingriffe in die individuelle Freiheitssphäre enthalte, gewisse Handlungen dem einzelnen gegenüber unterlasse.

Indem die Grundrechte der Tätigkeit des Staates Beschränkungen auferlegen, begründen sie einen Anspruch des Untertanen vom Staate, die Unterlassung aller diese Schranken überschreitenden Handlungen zu fordern.

Daß dieser Anspruch ein durchaus selbständiges subjektives öffentliches Recht darstellt und mit den anderen Ansprüchen, die man aus den Grundrechten ableiten will, nichts Gemeinsames hat, haben wir schon oben gezeigt. Es muß daher selbständig untersucht werden, ob er sich denn auch wirklich unter den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts, wie wir ihn oben aufgestellt haben, subsumieren läßt.

I. Das erste, nach dem wir uns zu fragen haben, ist, ob ein Unterlassen, ein non facere als Inhalt der Willensmacht eines subjektiven öffentlichen Rechts des einzelnen begrifflich möglich sei.

Im Zivilrecht sind subjektive Rechte auf Unterlassung eine häufige Erscheinung, sie können sowohl vertragsmäßigen als gesetzlichen Ursprungs sein. So gewährt z. B. der § 12 BGB. einen gesetzlichen Anspruch auf Unterlassung von Mißbräuchen des Namens seitens Dritter.[1]) Diese Rechte schützt auch die Zivilprozeßordnung in eigenartiger Weise,[2]) ja es ist sogar in der ständigen Praxis des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte ein besonderes Rechtsmittel zum besseren Schutz der Unterlassungsrechte anerkannt worden, die sogen. Unterlassungsklage. Sie gibt dem einzelnen ganz allgemein das Recht, auf Unter-

[1]) Vgl. Enneccerus Bd. 1 Abt. 1 §§ 65 ff. S. 158 ff.
[2]) ZPO. §§ 890—892.

lassung zu klagen, wenn weitere rechtswidrige Eingriffe in einem ihm gehörigen gesetzlich geschützten Gute zu befürchten sind.[3])

Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes kann es nicht ganz so sein. Zunächst ist hier die Begründung subjektiver Unterlassungsrechte durch Vertrag gar nicht denkbar. Aber auch vom Gesetz aufgestellte subjektive Rechte auf Unterlassung wird es nicht schlechthin gegen die Staatsgewalt geben können. Die im subjektiven öffentlichen Rechte dem einzelnen verliehene Macht wird sich niemals an die Gesetzgebung richten können. Denn Macht über sie, in welcher Form auch immer, ist ausgeschlossen. Es ist eben eine besondere Eigenschaft des in dieser Form zur Erscheinung tretenden staatlichen Willens unbindbar, unwiderstehlich zu sein.[4]) Anders bei der vollziehenden Gewalt. Sie ist zwar auch öffentliche Gewalt und hat als solche in sich selbst die Kraft, bindend zu wirken. Allein sobald der staatliche Wille in der Form eines Gesetzes irgend etwas ausgesprochen hat, ist sie daran gebunden und kann ihre Tätigkeit nur innerhalb der vom Gesetz gezogenen Schranken entfalten. Sie ist die ihrer Natur nach „rechtlich bindbare Staatsgewalt".[5]) Wenn daher von einer Gebundenheit, von einer Verpflichtung des Staates die Rede ist, kann nur die vollziehende Gewalt gemeint sein. So wäre es denn auch möglich, daß die dem einzelnen gewährte Macht über die öffentliche Gewalt sich auf Unterlassung bestimmter Handlungen der vollziehenden Gewalt beziehen würde.[6])

II. Diese auf Unterlassung gerichteten subjektiv öffentlichen Rechte hätten dann die Behörden zu schützen und zu handhaben. Damit ist freilich nicht ein prozessualer Schutz gemeint, wie er dem subjektiven Privatrechte fast ausnahmslos zukommt. Die Besonderheit der Verhältnisse auf dem Gebiete des öffentlichen

---

[3]) Vgl. Enneccerus Bd. 1 Abt. 2 S. 667 ff.

[4]) Dies wird ganz allgemein anerkannt. Vgl. Gerber, Grundzüge S. 207; Jellinek, System S. 80 ff.; Otto Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 79, 115.

[5]) Otto Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 79.

[6]) Kelsen (Hauptprobleme S. 255, 437) hält von eigentümlichen, unhaltbaren Voraussetzungen ausgehend Unterlassungspflichten des Staates für begrifflich unmöglich.

Rechts bringt es mit sich, daß subjektives Recht und Rechtsschutzanspruch sehr wohl getrennt voneinander bestehen können. Ja hier ist es sogar denkbar, daß man auch ganz ohne ein der zivilrechtlichen Klage entsprechendes Rechtsschutzmittel auskommt. Denn während sich das subjektive Privatrecht gegen andere gleichgeordnete Menschen richtet, hat sich im subjektiven öffentlichen Recht der Staat selbst dem einzelnen gegenüber gebunden. „Was das Individuum durch seine unmittelbare Tat vollbringt, vollzieht der Staat durch Rechtsetzung und materielle Gesetzgebung.“ [7]) Diese Gebundenheit würde dann eine Verpflichtung der Behörden begründen, sie zu handhaben und zu verwirklichen.

Wenn daher ein besonderes Rechtsmittel dem Untertan zur Verfügung gestellt wird, so geschieht dies nur zum wirksameren Schutze seiner subjektiven öffentlichen Rechte.[8]) So wird in Deutschland ein allgemeines förmliches Beschwerderecht[9]) und in vielen Fällen auch eine Verwaltungsklage[10]) gegeben. In Griechenland sind die ordentlichen Gerichte allgemein zuständig, über Verwaltungsstreitsachen zu entscheiden.[11])

Wären nun auch subjektive öffentliche Unterlassungsrechte mit einem besonderen Rechtsschutzanspruch ausgestattet, so

---

[7]) Jellinek, System S. 67ff., 351ff.; auch Laband im ArchÖffR. Bd. 19 S. 614ff. Dies verkennt Giese (Die Grundrechte S. 73ff.), wenn er meint, dem Träger des subjektiven öffentlichen Rechts müsse die Macht zustehen, „den Rechtsschutz selbständig zu realisieren und die Norm dem Verpflichteten gegenüber durchzusetzen“. Eine Sache für sich ist es natürlich, daß es beim Fehlen eines Rechtsmittels „praktisch mit der Durchsetzbarkeit des subjektiven Rechts schlecht bestellt“ sein wird.

[8]) Es handelt sich nur um einen besseren Schutz des vorhandenen subjektiven öffentlichen Rechts und nicht um ein Begriffsmerkmal dieses Rechtes. Dies vor allem gegen Burckhardt, Komm. der schweizerischen Bundesverfassung S. 40ff. *Σαρίπολος Συντ. Δικ.* Bd. 2 S. 281ff., welche den Rechtsschutzanspruch als Kriterium zwischen subjektivem Recht und Reflex gelten lassen wollen.

[9]) Otto Mayer, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 154ff.; Fleiner, Institutionen S. 194ff.

[10]) Otto Mayer, VerwR. Bd. 1 §§ 13—15; Anschütz, Kultur S. 347ff.; Fleiner, Institutionen S. 213ff.

[11]) Saripolos, Staatsrecht S. 114ff.

würde niemals die zuständige Rechtsschutzbehörde gegen den Staat in derselben Weise wie bei der Verletzung von Unterlassungspflichten seitens Privater vorgehen können. Geldstrafe, Haft und Unterlassungsgebot[12]) sind hier von selbst ausgeschlossen, denn der Rechtsschutz bezweckt nicht, das subjektive Recht dem Staate gegenüber mit Zwang durchzusetzen; der Staat selbst hat ja dem Untertan das subjektive öffentliche Recht gewährt, und es ist sein Wille, daß es bestehe und verwirklicht werde. Wenn daher gegen den Staat prozessiert wird, so hat dies nur den Zweck, den eigenen Willen des Staates für den in Frage stehenden Fall außer Zweifel zu stellen.[13])

III. Sind somit Unterlassungen als Inhalt eines subjektiven öffentlichen Rechts begrifflich möglich, so müssen wir nunmehr prüfen, ob denn auch wirklich die Grundrechte ein solches subjektives öffentliches Recht begründen, ob man bei ihnen die Begriffsmerkmale eines solchen finden kann.

Das erste, was unser Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts fordert, ist die feste Abgrenzung eines bestimmten Stücks der öffentlichen Gewalt. Man bekommt durch das subjektive öffentliche Recht nicht Macht über die Staatsgewalt schlechthin, sondern lediglich Macht in bezug auf einen ganz bestimmten Gegenstand.

Trifft nun diese erste Voraussetzung bei den Grundrechten zu? Schon ein flüchtiger Blick in die Praxis lehrt uns, daß man nicht allein die Unterlassung staatlicher Eingriffe in den Kreis der grundrechtlich garantierten Richtungen der individuellen Freiheit, sondern allgemein die Unterlassung von Eingriffen in die Freiheit und das Eigentum verlangen kann. Der einzelne kann nicht nur, wenn er sich in seiner Religionsfreiheit, in seiner Vereins- oder Versammlungsfreiheit durch die vollziehende Gewalt beeinträchtigt glaubt, sondern überhaupt wenn in seine Freiheit eingegriffen wird, den staatlichen Schutz anrufen. Dies beruht auf der die Grundlage der gesamten Rechtsordnung bildenden Anerkennung der Persönlichkeit[14]) im modernen Rechts-

[12]) Eltzbacher, Unterlassungsklage S. 196 ff.

[13]) Vgl. auch unten § 13 S. 36 ff.

[14]) Jellinek, System S. 82 ff.

staat. Aus dieser Anerkennung folgt nämlich das sehr wichtige Prinzip, daß nur auf Grund eines verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetzes, eines Gesetzes also, welches mit seinem Inhalte den Verfassungsbestimmungen nicht widerspricht, in des Untertanen Freiheit und Eigentum eingegriffen werden darf.[15]) Diesen uns heute selbstverständlich erscheinenden Fundamentalgrundsatz zum Siege verholfen zu haben, ist nicht zum geringsten das Verdienst der Grundrechte. Indem sie aus historischen Gründen bestimmte, besonders wichtige Seiten der individuellen Freiheit gegenüber der Staatsgewalt gewährleisteten, ermöglichten sie es ihm, sich fest einzubürgern und allgemeine Geltung zu erlangen.

Darf man aber somit nicht annehmen, daß subjektive öffentliche Unterlassungsrechte nur in bezug auf die einzelnen grundrechtlich garantierten Betätigungen der individuellen Freiheit bestehen, so ist es ebenfalls unrichtig, ein einziges subjektives öffentliches Recht auf Unterlassung nichtgesetzlicher Eingriffe in die Freiheit bezw. die Persönlichkeit schlechthin zu konstruieren.[16]) Dieses sind Begriffe von einem derartig umfangreichen, ja überhaupt nicht bestimmbaren Inhalt,[17]) daß sie ganz ungeeignet erscheinen, die dem subjektiven öffentlichen Rechte essentielle Abgrenzung eines Machtkreises mit bestimmtem Inhalt herbeizuführen. Daher würde die Anerkennung des Grundsatzes, daß die vollziehende Gewalt nur auf gesetzlicher Grundlage die Freiheit und das Eigentum der Individuen antasten darf, höchstens ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis, „ein rechtlich geordnetes Sollen und Dürfen“[18]) bedeuten, welchem, wenn man den Unterschied des subjektiven öffentlichen Rechts vom bloßen Reflex nicht verwischen will, „der richtige Gegenstand fehlt, an dem das Recht erscheinen sollte“.[19])

---

[15]) Otto Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 74ff., ArchÖffR. Bd. 18 S. 96ff.

[16]) So Löning, VerwR. S. 12; v. Dantscher, Politische Rechte Bd. 2 S. 54, 104.

[17]) Jellinek, System S. 81ff.; Unger, Österr. PrivR. Bd. 1 S. 505ff.

[18]) Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 107ff.; vgl. auch Merkel, Enzykl. §§ 146ff.

[19]) Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 109.

IV. Können somit die Grundrechte keine subjektiven öffentlichen Rechte sein, weil sie weder einen noch mehrere abgeschlossene Machtkreise schaffen, so fehlt ihnen ferner auch ein anderes Merkmal des subjektiven öffentlichen Rechts.

Dieser Begriff erfordert nämlich — und dies ist juristisch seine wertvollste Seite —, daß die dem Individuum verliehene rechtliche Macht zu seiner freien Verfügung gestellt sei. Über diesen Punkt wird allerdings viel gestritten.[20]) Am häufigsten wird angenommen, daß die subjektiven öffentlichen Rechte, weil sie im Gemeininteresse konstituiert sind, nicht der individuellen Willkür unterliegen können. Kormann[21]) meint, diese Ansicht beruhe vor allem darauf, „daß man fälschlich unter den Begriff des subjektiven Rechts auch Erscheinungen stellte, die wie die Fähigkeiten oder die Rechtsverhältnisse von wesentlich anderer Natur sind, zum Teil auch auf der Nichtunterscheidung zwischen den einzelnen Arten der öffentlichen Rechte, insofern für Ansprüche andere Grundsätze gelten dürften als für Gestaltungsrechte". Auf jeden Fall muß man, wenn die subjektiven öffentlichen Rechte einen rechtlichen Wert haben sollen, sie für grundsätzlich verfügbar erklären. Wo dies nicht der Fall ist, steht „nicht das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts . . ., sondern irgendeine Besonderheit des Gegenstandes oder der positiven Ordnung der Sache"[22]) im Wege. Die Verfügbarkeit wird sich dabei einerseits in der Übertragbarkeit und andererseits in der Verzichtbarkeit auf das subjektive Recht äußern.

Was zunächst die erstere angeht, so wäre sie durch die besondere Natur der Grundrechte ausgeschlossen. Sie können als Rechte, welche zu ihrem Objekte die Freiheit der Person und des Eigentums, also höchstpersönliche Güter des Menschen haben, niemals auf einen anderen übertragen werden.

---

[20]) Vgl. Jellinek, System S. 340ff.; Otto Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 117ff.; Fleiner, Institutionen S. 151ff.; Kormann, Grundzüge 1911 S. 917.

[21]) Grundzüge 1911 S. 917.

[22]) Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 118.

Es würde somit nur der Verzicht übrigbleiben. Dabei handelt es sich nicht um den Verzicht auf das dem subjektiven öffentlichen Rechte etwa beigegebene Rechtsmittel zu seinem Schutze,[23]) denn dies wäre Verzicht eines anderen selbständigen subjektiven Rechts, sondern darum, ob der einzelne auf das Recht selbst verzichten, ob er nämlich in unserem Falle den staatlichen Organen freiwillig gestatten kann, in die durch die Grundrechte garantierten Seiten seiner Freiheit einzugreifen. Wird es z. B. möglich sein, daß die griechischen Behörden, obwohl Art. 20 VU. das Briefgeheimnis für absolut unverletzlich erklärt, die Briefschaften eines Untertanen mit seiner sei es ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung öffnen und durchlesen? Oder können vielleicht die Gefängnisbeamten einen Verhafteten auf seinen Wunsch mehr als 24 Stunden in Haft behalten, obgleich es eher möglich wäre, ihn dem Untersuchungsrichter vorzuführen? Würden sie nicht den schweren Strafen des Art. 5 griech. VU. verfallen?

Auf beide Fälle muß die Antwort verneinend lauten. Es ist nicht möglich, daß sich auf diese Weise die Verwaltungsbehörden über die Verfassung und die anderen Gesetze hinwegsetzen.[24]) Jede Bestimmung des objektiven Rechtes begründet die Pflicht aller staatlichen Organe, sie zu befolgen und zu verwirklichen, von welcher nur die Staatsgewalt selbst entbinden kann. Statuiert daher die Verfassung oder ein anderes Gesetz irgend etwas in bezug auf die Freiheit der Person und des Eigentums, so sind die Organe der vollziehenden Gewalt daran gebunden und können weder mit noch ohne die Einwilligung des Betroffenen im Gesetz nicht normierte Eingriffe vornehmen.

---

[23]) Giese, Die Grundrechte S. 72. Dies hängt mit seiner unrichtigen Auffassung des Schutzes des subjektiven öffentlichen Rechts zusammen. Vgl. oben S. 28 und Anm. 7.

[24]) Etwas ganz anderes sind natürlich die sogen. Verwaltungsakte auf Unterwerfung. Dort besteht kein Gesetz, das den Behörden gesetzliche Ermächtigung zum Eingriffe in die Freiheit gewährt und gleichzeitig damit eine Pflicht, in bestimmter Weise zu handeln, begründet hätte, sondern es wird durch die Einwilligung des Betroffenen die gesetzliche Grundlage ersetzt. Vgl. Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 98; Fleiner, Institutionen S. 142ff.

Die juristisch wichtigste Seite des subjektiven öffentlichen Rechts, durch welche es sich vom Rechtsverhältnis unterscheidet, ist somit bei den Grundrechten nicht zu finden. Es wäre auch gar nicht denkbar, daß man in einem Staate solche subjektiven Rechte den einzelnen verliehen hätte. Das auf die freie Entwicklung der Persönlichkeit gerichtete Gesamtinteresse ist so groß, berührt so unmittelbar die gedeihliche Fortentwicklung des Staates, daß es der elementarsten Vernunft widersprechen würde, wenn der Staat die darauf bezügliche staatliche Macht mit dem Subjekt fest verbinden und seiner freien Verfügung überlassen wollte.

V. Fassen wir das bisher Gesagte zusammen, so ergibt sich, daß, obwohl ein Anspruch auf Unterlassung gegen die vollziehende Gewalt begrifflich bestehen könnte, durch die Grundrechte kein derartiger Anspruch dem Individuum verliehen worden ist. Es fehlt einerseits die feste Abgrenzung eines bestimmten Stückes der öffentlichen Gewalt und andererseits die freie Disposition des Untertanen über dieses sogen. subjektive Recht.

§ 12.

Der Anspruch auf Anerkennung.

Die verhältnismäßig klarsten und eingehendsten Ausführungen, welche wir über diesen Gegenstand besitzen, sind die von Jellinek.[1]) Er spricht wiederholt von einem Anspruch des einzelnen an den Staat auf Anerkennung seiner individuellen Freiheitssphäre, seines „negativen Status“. Der Untertan soll vom Staate die Anerkennung eines bestimmten „Kreises von Handlungen als eines nichtstaatlichen Gebietes individueller Betätigung“ fordern können.

I. Zunächst erhebt sich die Frage, was unter Anerkennung zu verstehen sei. Jellinek[2]) gibt uns darauf folgende Antwort: „Anerkennung ist die Willenserklärung, kraft welcher ein streitiges oder bestreitbares Verhältnis oder eine derartige Tat-

[1]) System S. 48, 105ff., 122ff.; vgl. auch Gierke in Schmollers Jahrb. Bd. 7 S. 1133; Löning, VerwR. S. 12; v. Dantscher Bd. 2 S. 54.

[2]) System S. 122.

sache von der zur Bestreitung berechtigten Person als zu Recht bestehend erklärt wird". Wir haben es also mit einer besonderen Art des allgemeinen Begriffs „Feststellung" zu tun, deren Besonderheit darin besteht, daß sie stets nur von der verpflichteten Person selbst vorgenommen werden kann.[3])

Dieser Anspruch wird sich, wie wir gesehen haben,[4]) nur gegen die vollziehende Gewalt richten können, und zwar immer an eine bestimmte Behörde dieser, also an diejenige, deren Zuständigkeit die betreffende streitige oder bestreitbare Seite der Freiheit unterliegt.

Wie und unter welchen Voraussetzungen nun die Organe der vollziehenden Gewalt dieser ihrer den Anspruch des Individuums entsprechenden Pflicht nachkommen werden, ist schon in dem Begriffe der Anerkennung gesagt. Da diese in einer Willenserklärung besteht, wird sie ebenso wie im Privatrecht,[5]) entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen können. Es wird also die betreffende Behörde dem einzelnen gegenüber, sei es in einem einseitigen Verwaltungsakt die Erklärung abgeben, sie erkenne die in Frage stehende Seite seiner Freiheit als staatsfreies Gebiet an, sei es durch ihr ganzes Verhalten in der betreffenden Sache dem einzelnen ihren Anerkennungswillen kundtun. Freilich wird diese letztere Form die häufigere sein. Es wäre jedoch ganz gut denkbar und durchaus nicht zwecklos, daß die Anerkennung in einer bloßen formellen Erklärung bestünde.[6]) So hätte es z. B. für jemanden, der ein großes Unternehmen zu gründen beabsichtigt, einen hohen Wert, eine formelle Erklärung der zuständigen Behörde zu besitzen, in welcher seine Freiheit, das betreffende Unternehmen zu betreiben, anerkannt wird.

---

[3]) Kormann, System S. 70: „Anerkenntnis ist nichts anderes als eine Feststellung in eigener Sache, und zwar die Feststellung einer eigenen Verpflichtung".

[4]) Vgl. oben S. 27 ff.

[5]) Enneccerus Bd. 1 Abt. 1 S. 372.

[6]) And. M. Tezner, Kritik S. 147, welcher in den Jellinekschen Ausführungen nicht eine Anerkennungserklärung erblicken will. Vgl. auch Jellinek, System S. 106.

Voraussetzung für den Eintritt dieser Pflicht der Behörden wird das Vorliegen eines strittigen oder bestreitbaren Verhältnisses sein, und wie man vielleicht nach Analogie des zivilprozessualen Feststellungsanspruchs[7]) hinzufügen kann, das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses an der Erklärung.

II. Wir haben bisher den Anspruch auf Anerkennung in bezug auf seinen Inhalt betrachtet und gehen jetzt zu der Frage über, ob denn auch wirklich ein solcher Anspruch im Verhältnis des einzelnen zum Staat besteht, ob die vielen Grundrechte oder das eine große Grundrecht wirklich eine solche Gebundenheit der vollziehenden Gewalt herbeigeführt haben, welche geeignet wäre, die Gestalt eines subjektiven öffentlichen Rechtes auf Anerkennung anzunehmen.

Wir haben schon oben Gelegenheit gehabt, von dem bedeutenden Grundsatze unseres modernen Staates zu sprechen, daß Eingriffe in die Freiheit und das Eigentum der Bürger stets einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Diese Beschränkung der vollziehenden Gewalt garantiert dem einzelnen ein bestimmtes Maß von Freiheit, und man kann insofern sagen, daß der moderne Rechtsstaat eine individuelle Freiheitssphäre anerkennt.[8]) Damit ist aber noch nicht gesagt, daß ein subjektives öffentliches Recht des Untertanen auf Anerkennung seiner Freiheit besteht. Das Vorhandensein eines solchen Rechts wird vielmehr davon abhängen, ob die besonderen Merkmale des subjektiven Rechts gegeben sind.

Was zunächst die ausdrückliche Anerkennungserklärung anlangt, so wird man vergeblich nach einem ausdrücklich ausgesprochenen oder durch Gewohnheit anerkannten Rechtssatz

---

[7]) ZPO. § 256; vgl. Hellwig, System S. 280ff.; Enneccerus Bd. 1 Abt. 1 S. 556. Man darf nicht unseren Anspruch mit dem Feststellungsanspruch an die Gerichte (auch Verwaltungsgerichte) verwechseln. Anerkennen kann man nur seine eigene Verpflichtung, feststellen dagegen eine fremde. Über die Zulässigkeit der Feststellungsklage auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts vgl. Blüher, Zur Feststellungsklage in der Verwaltungsrechtspflege (Jahrb. des Kgl. Sächs. OVG. Bd. 16 S. 1ff., 97ff.).

[8]) Vgl. Giese, Die Grundrechte S. 59ff.; auch Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 74ff.; Fleiner, Institutionen S. 109ff.

suchen, der dem einzelnen eine Macht über die vollziehende Gewalt eingeräumt hätte, daß diese ihm gegenüber Anerkennungserklärungen in bezug auf seine Freiheit abgäbe. Aber auch ein Anspruch auf Anerkennung durch facta concludentia kann nicht angenommen werden, denn diese facta müßten in der Unterlassung gewisser Eingriffe bestehen und würden daher mit dem Anspruch auf Unterlassung zusammenfallen, welcher jedoch, wie wir oben gesehen haben, nicht als ein subjektives öffentliches Recht bezeichnet werden kann. Wenn die Behörde dem einzelnen gegenüber ein gewisses Verhalten beobachtet, so tut sie es nicht, um ihre einem subjektiven Rechte des einzelnen entsprechende Pflicht zu erfüllen, sondern lediglich, weil sie durch das objektive Recht dazu verpflichtet ist.

§ 13.

Der Anspruch auf Beseitigung.

Anders als mit den zwei bisher betrachteten Ansprüchen verhält es sich mit dem dritten Anspruch, der in den Grundrechten enthalten sein soll, dem Anspruch auf Beseitigung von obrigkeitlichen Befehlen, welche ohne ein verfassungsmäßiges Gesetz in die Freiheit der Untertanen eingreifen.[1])

Betrachten wir dieses Recht etwas näher, so fällt uns sofort seine besondere Natur auf. Es handelt sich nicht um ein Grundrecht, um ein Freiheitsrecht, ein Recht, das die Freiheit irgendwelcher Seite der individuellen Betätigung unmittelbar gewährleistet, sondern vielmehr um ein Schutzrecht, einen Rechtsschutzanspruch auf dem Boden des öffentlichen Rechts.[2]) Dies wird auch von allen Schriftstellern anerkannt, welche die Grundrechte für subjektive öffentliche Rechte erklären, und als Haupt-

---

[1]) Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 800; Jellinek, System S. 103, 106 ff.

[2]) Über die Natur dieser Ansprüche vgl. Laband, Staatsrecht Bd. 3 S. 348 ff.; Wach, Feststellungsanspruch S. 15 ff.; Jellinek, System S. 124 ff.; Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 112.

argument für ihre Ansicht verwertet. Die Grundrechte müssen heutzutage, wo der Schutz auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts ein derartig ausgedehnter ist, subjektive öffentliche Rechte sein, denn sonst wäre es undenkbar, daß ein Recht auf Zurücknahme einer die Freiheit verletzenden Verfügung entstehe.[3]) Daß diese Argumentation höchstens für das Privatrecht, keinesfalls aber für das öffentliche Recht richtig sein kann, geht aus unseren Darlegungen über die Eigentümlichkeit des Schutzes des subjektiven öffentlichen Rechtes hervor.[4]) Es ist für die Existenz eines solchen Rechts absolut nicht notwendig, daß es mit einem Rechtsschutzanspruch ausgestattet sei, und man darf umgekehrt nicht aus einem Vorhandensein eines solchen Anspruches auf das Vorliegen eines subjektiven Rechtes schließen. Selbst das Zivilrecht kennt rechtlich geschützte Güter, welche keine subjektiven Rechte darstellen. Die §§ 823 ff. BGB. begründen keine subjektiven Rechte auf Unterlassung gewisser unerlaubter Handlungen. Es entsteht vielmehr erst durch ihre Verletzung ein individueller Anspruch, welcher sich auf Schadensersatz richtet.[5]) So steht es dem Gesetzgeber frei, auch bloße Interessen oder Rechtsverhältnisse für schutzbedürftig anzuerkennen und an ihrer Verletzung oder an irgendeinem anderen Moment einen Rechtsschutzanspruch, ein subjektives öffentliches Recht anzuknüpfen. Dies kommt im öffentlichen Recht häufig vor.[6]) Es gibt viele Fälle, wo das Rechtsmittel nur den Zweck der Aufrechterhaltung der öffentlichrechtlichen Rechtsordnung hat und individuelle Interessen nicht direkt schützt. Aber auch aus der Verletzung von Rechtssätzen, welche Güter des Indi-

---

[3]) Löning, VerwR. S. 13: „Wenn aber in der Verfügung, deren Zurücknahme zu verlangen ein subjektives Recht sein soll, keine Verletzung eines Rechtes lag, wie soll dann ein Recht auf Zurücknahme der Verfügung entstehen?“ Vgl. auch *Σαρίπολος, Συνταγμ. Δίκ.* Bd. 2 S. 281 ff.; Burckhardt, Komm. S. 40 ff.

[4]) Vgl. oben S. 27 ff.

[5]) Merkel, Enzykl. § 157; Kipp zu Windscheids Pand. Bd. 1 S. 174 ff.; Enneccerus Bd. 1 Abt. 2 § 450.

[6]) Fleiner, Institutionen S. 195 ff., 213 ff.; Jellinek, System S. 101 meint, daß ohne die richterliche Zuerkennung eines Rechtsmittels das subjektive Recht kaum vom Reflex zu scheiden sein wird.

viduums oder gar seine Person selbst schützen, ohne ihm dabei ein subjektives Recht zu gewähren, kann ein Anspruch auf Schutz in der Form eines bestimmten Rechtspflegeaktes entstehen.[7]) Seine Voraussetzungen werden sein einerseits die Existenz von Rechtsschutzbehörden mit entsprechender Zuständigkeit und andererseits ein die Freiheit einengender obrigkeitlicher Akt.

Dieser Anspruch wird ein wirkliches subjektives öffentliches Recht sein und alle Begriffsmerkmale eines solchen enthalten. Wir brauchen uns nur seine Geltendmachung zu vergegenwärtigen, um uns davon zu überzeugen. Er wird erst mit der Kundgebung des Aufhebungs- bezw. Abänderungswillens gegenüber der zuständigen Behörde in der vorgeschriebenen Form entstehen. Die abgegrenzte Macht also, welche dem Untertan über die vollziehende Gewalt verliehen ist, steht ganz zu seiner Verfügung. Die vollziehende Gewalt wird nur, wenn er es will, sich in Bewegung setzen, um die in Frage stehende obrigkeitliche Verfügung aufzuheben bezw. für unwirksam zu erklären.

Dieser Anspruch auf Rechtsschutz ist aber nicht das einzige subjektive öffentliche Recht, welches mit der Verletzung einer grundrechtlichen Bestimmung entstehen kann. Meistens sind daran, um bei den öffentlichrechtlichen Ansprüchen der Untertanen zu verbleiben, auch subjektive öffentliche Rechte des einzelnen gegen den Staat auf Schadensersatz geknüpft. So haftet z. B. im Deutschen Reiche, Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden der Staat dem durch nichtrechtmäßige obrigkeitliche Akte geschädigten Bürger primär und direkt auf Schadensersatz.[8])

---

[7]) Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 106 Anm. 7. Wenn Tezner, Kritik S. 134 ff. den Streit über die rechtliche Natur der Grundrechte für bedeutungslos hält, so hängt dies vor allem damit zusammen, daß er die Hauptbedeutung des subjektiven Rechts in dem an dieses meistens geknüpften Rechtsschutzanspruch erblickt.

[8]) Vgl. Mayer, VerwR. Bd. 2 §§ 53, 54, Die Entschädigungspflicht des Staats nach Billigkeitsrecht, im Wörterb. Artikel: Entschädigungspflicht des Staates Bd. 1 S. 731 ff.; Fleiner, Institutionen S. 231 ff.; Delius, Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Bundesstaaten. Über die schwankende griechische Praxis vgl. vor allem *Δεμερτζῆς, Ἡεὐούνη τοῦ κράτους διά παρανόμους πράξεις καὶ παραλείψεις τῶν ὑπαλλήλων*, Athen 1903.

§ 14.

Die Grundrechte als objektive Rechtsnormen.

Fassen wir unsere bisherigen Betrachtungen kurz zusammen, so ergibt sich, daß man die Grundrechte auf keinen Fall unter den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts subsumieren kann. Dem aus ihnen abgeleiteten Anspruch auf Unterlassung fehlen alle Begriffsmerkmale eines solchen Rechtes, und der Anspruch auf Beseitigung ist nichts weiter als ein gewöhnlicher Rechtsschutzanspruch, welcher eine selbständige Existenz führt und dort, wo er gegeben ist, niemals die Grundrechte zu subjektiven öffentlichen Rechten erheben kann.

Die Mängel der Theorie, welche die Grundrechte für subjektive öffentliche Rechte hält, sind auch bald erkannt worden. v. Gerber hat sich schon in seiner Schrift: Über öffentliche Rechte[1]) mit großer Energie gegen sie gewandt. Im Laufe der Zeit sind dann Laband,[2]) Zorn,[3]) Bornhak,[4]) Seydel,[5]) Otto Mayer[6]) u. a.[7]) dieser Ansicht beigetreten. Die Ausführungen, welche diese Schriftsteller den Grundrechten widmen, sind jedoch infolge ihres negierenden Standpunktes kurz gefaßt und genügen meistens an sich nicht, die entgegengesetzte Ansicht zu widerlegen. Erst die Schrift von Giese[8]) hat die grundrechtlichen Normen einer eingehenden Betrachtung unterworfen. Sie verwirft die Ansicht, daß die Grundrechte subjektive öffentliche Rechte seien, aus zwei Gründen: einerseits weil der in ihnen verheißene Schutz auch ohne Zutun selbst gegen den Willen des geschützten Individuums stattfinden, und anderseits, weil der

---

[1]) Tübingen 1852, Grundrechte des deutschen Staatsrechts §§ 10, 11, 17.

[2]) Staatsrecht Bd. 1 S. 150ff., Reichsstaatsrecht S. 46.

[3]) Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 1 S. 273ff.

[4]) Preuß. Staatsrecht Bd. 1 S. 291ff.

[5]) Bayr. Staatsrecht Bd. 1 S. 300ff.

[6]) VerwR. Bd. 1 S. 74ff., 106, Staatsrecht des Königreichs Sachsen S. 30ff.

[7]) Vgl. auch Giese, Grundrechte S. 27ff., wo die Ansichten der oben genannten Schriftsteller im einzelnen dargelegt sind.

[8]) Die Grundrechte 1905.

Träger des Grundrechtes nicht in allen Fällen staatliche Rechtshilfe zur Durchsetzung seines Rechts beanspruchen kann. Daß aus diesen Argumenten nur das erstere stichhaltig ist, das zweite dagegen nur eine Vermutung für die Existenz eines subjektiven öffentlichen Rechts bedeutet, haben wir schon oben gezeigt. Sein Ergebnis über die rechtliche Natur der Grundrechte faßt Giese[9]) in folgender etwas allzu weitschweifiger Definition zusammen: „Unter den sogen. Grundrechten versteht man den — nicht geschlossenen, sondern je nach den individuellen innerstaatlichen Verhältnissen mehr oder weniger umfangreichen — Kreis derjenigen öffentlichrechtlichen Normen, welche der Staat zum Zeichen der Anerkennung einer von seinen Funktionen unberührt bleibenden Freiheitssphäre der seiner Gewalt grundsätzlich unterstehenden Individuen, sich selbst nach diesen Richtungen hin beschränkend, schafft und deren Anwendung bei sämtlichen Verwaltungshandlungen er seinen Organen zur Pflicht macht, auch nötigenfalls zwangsweise durchsetzt".

Den Ansichten dieser Schriftsteller ist prinzipiell zuzustimmen. Die Grundrechte sind, insofern ihr Inhalt überhaupt geeignet ist, einen Rechtssatz darzustellen, nur als objektive Rechtsnormen aufzufassen, welche Beschränkungen der Tätigkeit der vollziehenden Gewalt auferlegen. Sie sind „Normen für die Staatsgewalt, welche dieselbe sich selbst gibt" [10]) und die als solche die Pflicht aller staatlichen Organe begründen, sie bei ihrer Tätigkeit zu beobachten und anzuwenden.

---

[9]) Die Grundrechte S. 76.

[10]) Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 150.

Drittes Kapitel.

Die rechtliche Bedeutung der Grundrechte.

§ 15.

Allgemeines.

Sind die Grundrechte, wie wir gesehen haben, nicht subjektive öffentliche Rechte, sondern lediglich objektives Recht, so wäre es dennoch nicht richtig zu glauben, daß ihre Aufnahme in die Verfassungsurkunden ohne rechtliche Bedeutung sei, und daß man daher ihre Regelung künftighin am besten nur den gewöhnlichen Gesetzen überlassen kann.

Auch über diesen Punkt sind die Ansichten geteilt. Während eine Reihe namentlich ausländischer Schriftsteller die Verfassungsgrundrechte als Palladium, als die Grundsäulen des konstitutionellen Staates ansehen, wollen ihnen viele andere einen jeden rechtlichen Wert absprechen. Man nennt sie Monologe des Gesetzgebers, welche in ihrem Doktrinarismus und ihrer Abstraktheit überhaupt keine rechtlichen Wirkungen hervorzubringen vermögen.[1]) Zwischen diesen beiden Extremen fehlt es natürlich nicht an vermittelnden Ansichten,[2]) welche jedoch auch zum größten Teil zu weit, sei es in der Überschätzung oder in der Unterschätzung der Grundrechte gehen.

---

[1]) Vgl. Schulze, Preuß. Staatsrecht Bd. 1 S. 369; Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 801.

[2]) So unterscheidet v. Dantscher, Polit. Rechte Bd. 2 S. 101 ff. acht, Anschütz, Komm. Bd. 1 S. 94 ff. drei verschiedene Arten von Verfassungsgrundrechten.

§ 16.

Der Begriff des Grundgesetzes.

Sind die Grundrechte fast überall in den Verfassungsurkunden aufgenommen und bilden diese eine besondere Art von Gesetzen, so muß man den Begriff des Grundgesetzes zum Ausgangspunkt der folgenden Betrachtungen machen.

In fast[1]) allen modernen Staaten gibt es neben den gewöhnlichen Gesetzen eins oder mehrere andere, denen eine besondere rechtliche Bedeutung zukommt. Es sind dies die sogen. formellen Verfassungsgesetze, die in den Verfassungsurkunden enthalten oder diesen gleichgestellt sind.[2]) Sie gelten als das höchste Gesetz des Landes und enthalten die obersten Prinzipien über die staatliche Willensbildung, über die Verteilung der Zuständigkeiten unter den höchsten Staatsorganen und über das Verhältnis zwischen Staat und Untertan. Ihr Unterschied gegenüber den übrigen Gesetzen liegt nicht so sehr in diesem ihren besonderen Inhalte als vielmehr in den erschwerten Formen ihrer Abänderung.[3]) Welche diese Formen sind, ist in den einzelnen Staaten sehr verschieden. Es können Volksabstimmungen vorgeschrieben sein oder es sind dazu besondere Organe zuständig. Auch gewisse Majoritätsverhältnisse werden meistens verlangt. Im großen und ganzen kann man sagen, daß dort eine Verfassungsänderung am schwierigsten gestaltet ist, wo infolge der Allmacht der Volksvertretung keine Gewähr dafür besteht, daß diese nicht gewisse sozial-ethische Grenzen überschreitet und sich zum absoluten Herrn im Staate macht. Dies läßt sich am besten an einem Vergleich der preußischen mit der griechischen Verfassung erkennen. Dort fehlt es nicht an „retardie-

---

[1]) Die Ausnahmen bei Jellinek, Staatslehre S. 518.

[2]) Vgl. über die geschichtliche Entwicklung dieses Begriffs Jellinek, Staatslehre S. 491 ff.; auch v. Herrnritt, Die Staatsform S. 30 ff.

[3]) Es gibt allerdings auch Grundgesetze, die keine besonderen Bestimmungen über ihre Abänderung enthalten, und folglich auf dem ordentlichen Gesetzgebungswege abgeändert werden können. Vgl. Jellinek, Staatslehre S. 518.

renden Elementen", weshalb auch Art. 107 bestimmt, daß die Verfassung auf dem ordentlichen Gesetzgebungswege abgeändert werden könne, und zwar so, daß eine jede Kammer mit absoluter Stimmenmehrheit in zwei Abstimmungen, zwischen welchen ein Zeitraum von wenigstens 21 Tagen liegt, die betreffende Abänderung beschließt.[4]) Ganz anders in Griechenland, wo die Kammer auch rechtlich höchstes Organ des Staates ist.[5]) Art. 108 bestimmt, daß erst nach 10 Jahren vom Inkrafttreten der Verfassung die nichtgrundlegenden Bestimmungen durch ein neu einzuberufendes Parlament einer Revision unterworfen werden können, wenn die Volksvertretung mit Zweidrittelmehrheit in zwei mindestens durch Monatsfrist getrennte Beschlüsse eine Änderung speziell genannter Verfassungsbestimmungen verlangt.[6])

§ 17.

Die Verfassungsgrundrechte und ihre Bedeutung.

All dieser aus der erschwerten Abänderlichkeit der Verfassung fließende Vorzug, diese erhöhte formelle Gesetzeskraft kommt selbstverständlich auch den in ihr enthaltenen Grundrechten zugute.[1]) Man kann dabei nach ihrem besonderen Inhalte drei Arten von Verfassungsgrundrechten unterscheiden, denen auch eine verschiedene rechtliche Bedeutung zukommt.

Am besten sichern die Betätigung der individuellen Handlungsfreiheit diejenigen Grundrechte, welche lediglich bisher be-

---

[4]) Über die Bestimmungen der anderen deutschen Bundesstaaten und des Reiches vgl. Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 564, 587 ff.

[5]) Vgl. Saripolos, Staatsrecht S. 15 ff.; *Σαρίπολος, Συνταγμ. Δίκαιον* Bd. 1 S. 45 ff.

[6]) Vgl. Saripolos, Staatsrecht S. 13 ff.; *Σαρίπολος, Συνταγμ. Δίκαιον* Bd. 1 S. 52 ff.

[1]) In Griechenland könnte man vielleicht in bezug auf die Grundrechte von einer absoluten Unabänderlichkeit sprechen, dann nämlich, wenn man diese als grundlegende Bestimmungen auffaßt. Die griechische Praxis erkennt dies auch an, allerdings mit der Modifikation, daß nur eine revisio in pejus ausgeschlossen sei. Vgl. *Σαρίπολος, Συνταγμ. Δίκαιον* Bd. 1 S. 81 Anm. 1; v. Herrnritt, Die Staatsform S. 43 ff.

stehende Schranken aufheben[2]) bezw. die Einführung solcher für die Zukunft verbieten. In diesem Falle sind nämlich alle diesem aufhebenden Rechtssatze widersprechenden Gesetze und Verordnungen ipso jure[3]) aufgehoben und ihre Wiedereinführung nur auf dem Wege der Verfassungsänderung möglich. So würden z. B. nach Art. 11 Abs. 1 des griechischen Grundgesetzes, welcher präventive Maßnahmen gegen die Vereinigungsfreiheit verbietet, alle solche Maßnahmen enthaltenden Gesetze oder Verordnungen von selbst ihre Gültigkeit verlieren.[4])

Nicht so gut schützen diejenigen grundrechtlichen Bestimmungen, welche gewisse positive Prinzipien aussprechen. Sie sind meistens so allgemein gefaßt, daß sie einen großen Spielraum dem freien Ermessen des Gesetzgebers und der Behörden der vollziehenden Gewalt gewähren. Aber auch die abstraktesten dieser Sätze darf man nicht für rechtlich bedeutungslos erklären. Und zwar nicht deswegen, weil sie der Gesetzgebung als Direktiven dienen können, denn dies wäre keine rechtliche Bedeutung, sondern weil Gesetze oder Verordnungen, die dem in ihnen enthaltenen Prinzip widersprechen, verfassungswidrig und daher unwirksam wären. Natürlich läßt sich nicht immer a priori bestimmen, was einem solchen Verfassungsprinzip widerspricht. Es wird immer auf Grund der in der Wissenschaft und Praxis des betreffenden Staates herrschenden Anschauungen zu beurteilen sein, wie weit die in Frage stehende Verfassungsschranke reicht. Eine Grenze muß es jedoch überall geben. So wäre z. B. das in den meisten Verfassungen ganz allgemein ausgesprochene Prinzip der Gleichheit[5]) der Untertanen vor dem Gesetz offenbar dann verletzt, wenn von der vollziehenden Gewalt ein bestimmtes Gesetz nicht gleichmäßig auf alle Individuen angewandt wird. Diese würde in einem solchen Falle verfassungswidrig handeln.[6])

---

[2]) Vgl. Jellinek, System S. 97ff.

[3]) Griech. VU. Art. 109 (in Zeitschr. für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht Bd. 6 fälschlich als Art. 110 angeführt).

[4]) Vgl. auch preuß. VU. Art. 10, 20, 27, 29 usw.

[5]) Griech. VU. Art. 3; preuß. VU. Art. 4.

[6]) Vgl. Anschütz, Komm. Bd. 1 S. 108ff.; auch Otto Mayer, VerwR. Bd. 1 S. 91ff.

Schließlich wäre noch eine dritte Gruppe von Grundrechten zu nennen, der allerdings überhaupt keine rechtliche Bedeutung zukommt. Das sind die Sätze mit einem rein programmatisch-enuntiativen Inhalt; sie begründen weder ein subjektives Recht des einzelnen an die Gesetzgebung noch eine rechtliche Pflicht dieser, die verheißenen Gesetze zu erlassen. Es handelt sich lediglich um eine Direktive, welche, wie bereits erwähnt, höchstens eine sozialethische Bedeutung haben kann. So steht es z. B. mit den Art. 17, 19 u. a. preuß. VU., zum Teil auch mit Art. 4 Satz 2, 7, 14 Abs. 2, 17 Abs. 2 griech. VU.

Daß die in den Grundrechten enthaltenen Rechtssätze ohne weiteres die vollziehende Gewalt binden werden, geht von selbst hervor aus der besonderen Eigenschaft einerseits des Rechtssatzes, bindend zu wirken, und andererseits der vollziehenden Gewalt gebunden zu werden. Fraglich wird es nur sein, ob auch die gesetzgebende Gewalt an die Verfassungsgrundrechte gebunden sei. Diese Frage ist überall dort zu bejahen, wo für die Verfassungsänderung besondere Formvorschriften, welcher Natur auch immer, bestehen.[7]) Eine Frage für sich ist es dabei natürlich, ob in einem konkreten Staate Mittel vorhanden sind, durch welche verfassungswidrige Eingriffe der Gesetzgebung in die Freiheit der Untertanen abgewehrt werden können. Wo solche Mittel nicht bestehen, werden die gegen das Grundgesetz verstoßenden Gesetze dieselbe formelle Gesetzeskraft wie die übrigen besitzen. Die Abwehrmaßregeln gegen verfassungswidrige Gesetze sind der mannigfaltigsten Art. In einem Bundesstaat wird meistens der Bundesgewalt die Macht zustehen, bundesverfassungswidrige Gesetze der Einzelstaaten zu kassieren. Aber auch, wo keine höhere Macht über die Gesetzgebung vorhanden ist, werden meistens Mittel gegen solche Gesetze gegeben sein. So vor allem das Prüfungsrecht.[8]) In manchen

---

[7]) Vgl. v. Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts S. 38; Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 801 Anm. 6; Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 261 ff.

[8]) Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 263 ff., System S. 101 ff., Die Institution ist amerikanischen Ursprungs; vgl. Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten S. 84 ff.; Saripolos, Staatsrecht

Staaten ist nämlich ein allgemeines Recht der Gerichte und Verwaltungsbehörden anerkannt, Gesetze und Verordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen. Dieses Recht bedeutet natürlich nicht, daß die richterliche bezw. vollziehende Gewalt verfassungswidrige Gesetze aufheben, sondern nur, daß sie sie unwirksam machen kann, indem sie ihre Anwendung auf den vorliegenden Fall ablehnt. Auch wird meistens der Widerstand der Bürger gegen die staatlichen Organe bei der Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes nicht strafbar sein.[9]) Man unterscheidet dabei zwischen aktivem und passivem Widerstand, je nachdem es sich um Anwendung von Gewalt oder um bloßen Ungehorsam des Bürgers gegenüber den Organen des Staates handelt. Der erstere zieht meistens ohne weiteres Strafe nach sich,[10]) während der letztere, insofern es sich um einen verfassungswidrigen Befehl der Obrigkeit handelt, nicht strafbar sein wird.[11])

Es erhellt daraus, daß den in den Verfassungsurkunden aufgenommenen Grundrechten sehr wohl eine rechtliche Bedeutung zukommt, welche nicht in irgendeiner anderen Weise zu ersetzen sein wird. So sehr es notwendig ist, daß die Einzelheiten der Eingriffe der vollziehenden Gewalt in die Freiheit der Individuen durch gewöhnliche Gesetze genau bestimmt werden, so müssen auch in der Verfassung selbst gewisse oberste, so präzis wie möglich zu formulierende Prinzipien über das Verhältnis des Staates zum Untertan aufgenommen werden. Dadurch wird dem Untertan eine größere Sicherheit erwachsen, welche für die Entwicklung der für den Staat so wichtigen freien Persönlichkeit von großer Bedeutung sein wird.

S. 103 ff.; *Σαρίπολος, Συνταγμ. Δίκαιον* Bd. 2 S. 154 ff.; *Σαρίπολος, περὶ τῶν ὁρίων καθήκοντος ὑπακοῆς τῶν δημοσίων ὑπαλλήλων*, Athen 1908.

[9]) Georg Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 819; *Σαρίπολος, Συντ. Δίκαιον* Bd. 2 S. 155 Anm. 4; *Σαρίπολος, Μελέται περὶ δημοσίων ὑπαλλήλων* S. 8 Anm. 5.

[10]) Griech. StGB. § 169, franz. StGB. Art. 209, zum Teil auch deutsches StGB. § 113.

[11]) Griech. StGB. § 164.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.